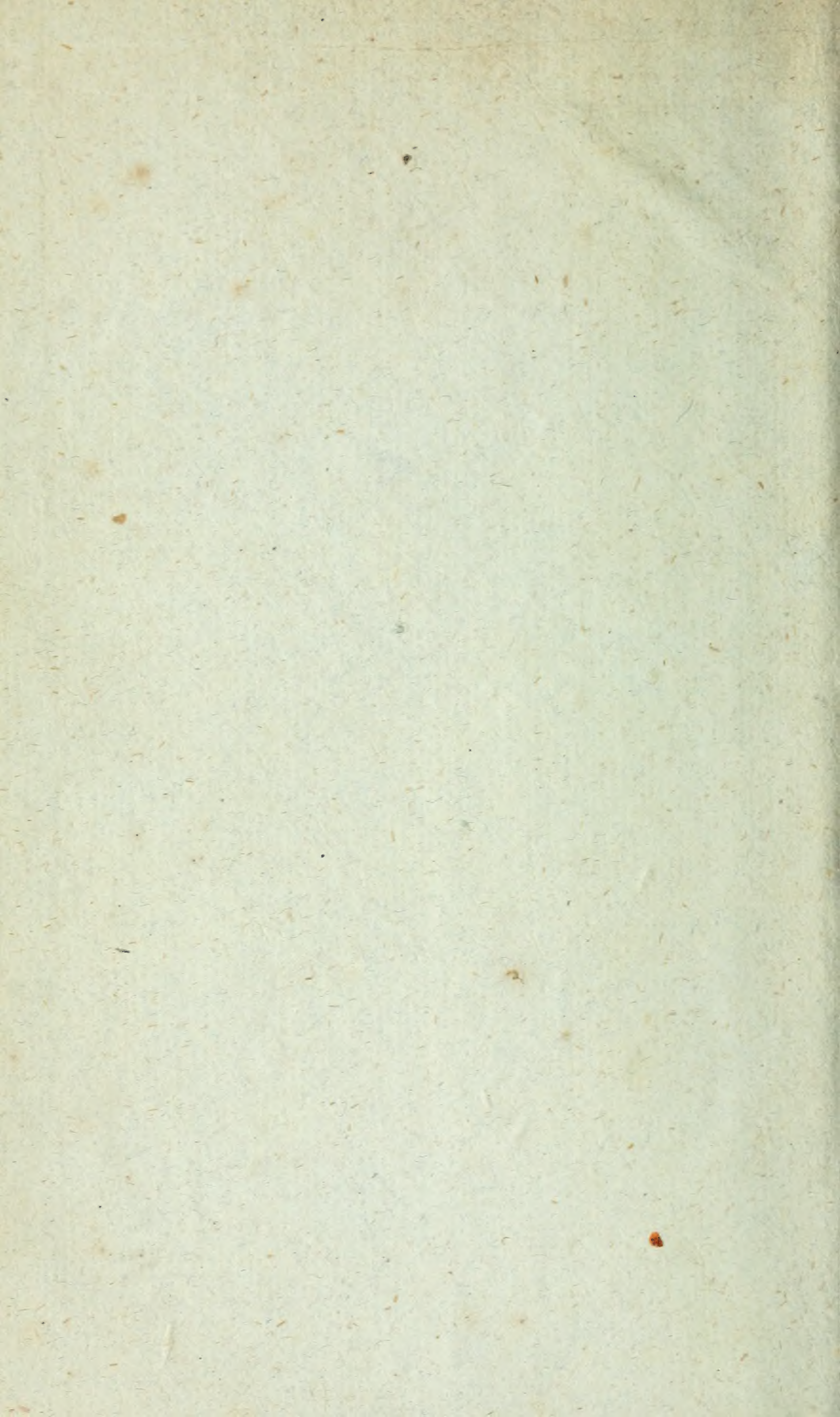
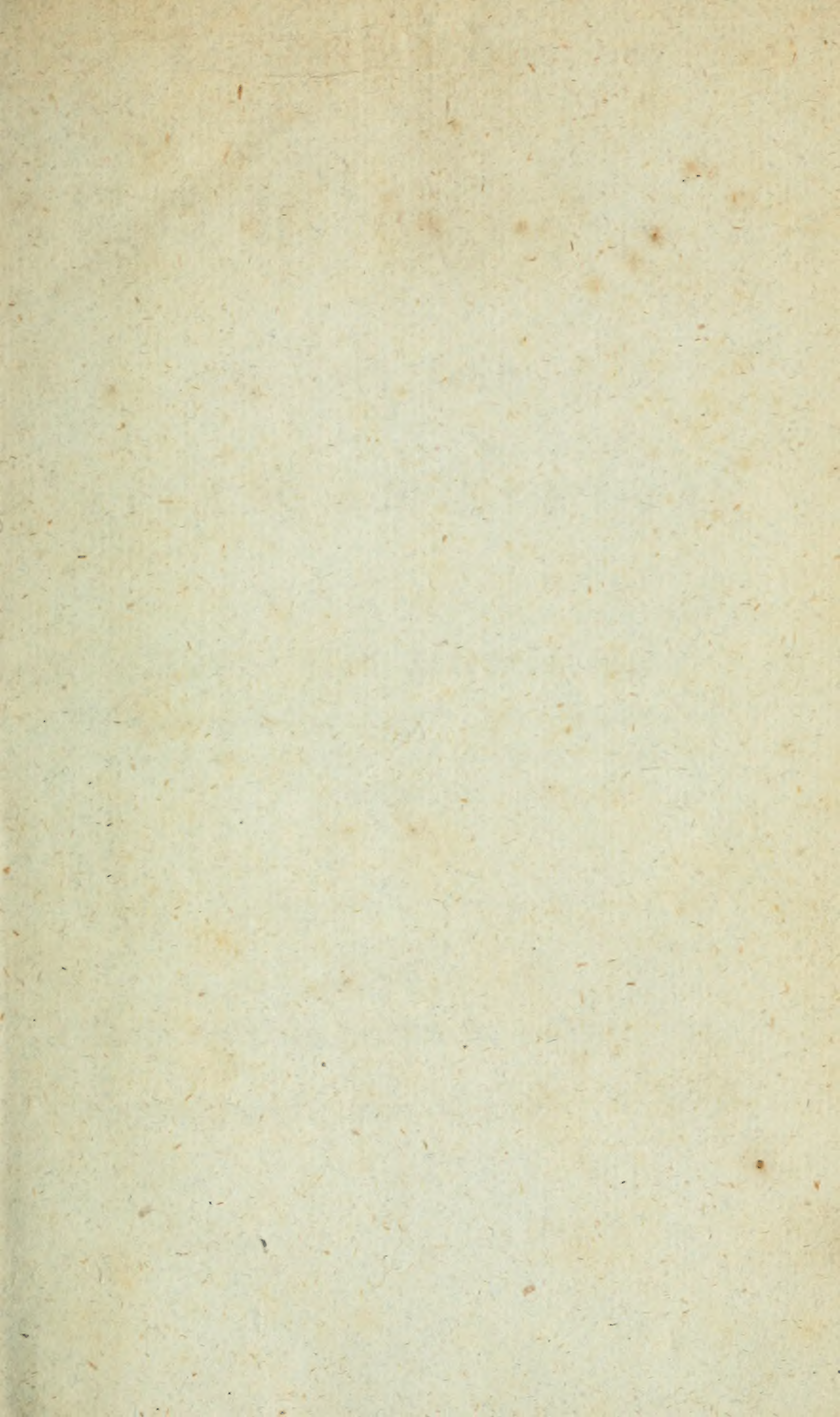

3 1761 06739878 4





Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/ausfhrlicheerl01gl

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

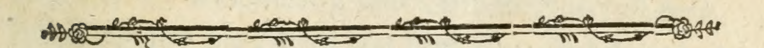
von

D. Christian Friedrich Glück

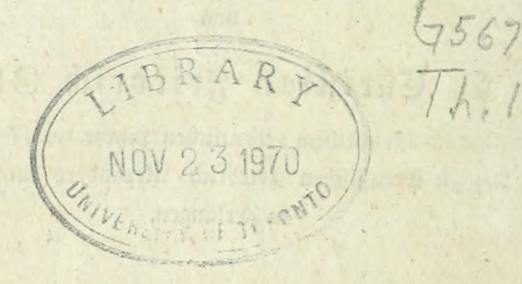
Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Erster Theil.

Zweyte durchgängig verbesserte und vermehrte Ausgabe.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1797.



K
G5675A8
Th.1

Vorrede
zur zweyten Ausgabe.

In dieser neuen Ausgabe, welche ich hier von dem erstern Bande meines Commentars dem gelehrten Publikum vorlege, bin ich bemüht gewesen, die Mängel der erstern zu verbessern, und meiner Arbeit die möglichste Vollkommenheit zu geben. Ich habe daher nicht nur von den Bemerkungen meiner Herren Recensenten, da wo ich sie gegründet fand, Gebrauch zu machen gesucht, sondern mich auch insonderheit bemüht, sowohl den Ausdruck, wo es nöthig schien, zu berichtigen, als auch in der Sache selbst das Werk theils durch Zusätze, theils durch Abkürzungen, so weit es nämlich ohne Nachtheil der Gründlichkeit geschehen konnte, zu seinem Zweck noch brauchbarer zu machen. Man wird daher fast keinen Paragraphen ganz ohne alle Verbesserung finden, besonders aber sind die Lehren von den Quellen der Verbindlichkeit, von der Auslegung der Gesetze, von der Anwendung und Verbindungskraft derselben, ferner die Lehren von dem Gewohnheitsrechte und den Privilegien, theils neu bearbeitet, theils vollständiger ausgeführt worden. Die neuern Schriften, welche die in diesem ersten Theile abgehandelten

Ma=

Materien betreffen, habe ich gleichfalls nicht bloß angeführt, sondern selbst nach Möglichkeit benutzt, und überhaupt den Mängeln der Litteratur überall abzuhelfen gesucht. Nicht selten habe ich mich auch zur Bestärkung meiner Meinung vorzüglich da, wo ich von meinem Verfasser abzugehen nöthig fand, auf das **neue allgemeine preussische Gesetzbuch** bezogen, um dadurch dieser neuen Ausgabe nicht nur eine besondere Zierde zu verschaffen, sondern auch zugleich dieses Werk für den preussischen Rechtsgelehrten desto brauchbarer zu machen. Ueberhaupt wird ein aufmerksamer Leser bey Vergleichung dieser Ausgabe mit der vorigen den Fleiß leicht bemerken müssen, den ich zu seinem Nutzen auf die Verbesserung und Vervollkommnung der gegenwärtigen verwandt habe. Beyspiele hiervon weiter anzuführen, schien mir um so weniger nöthig zu seyn, da diese Verbesserungen und Zusätze für die Besitzer der ersten Ausgabe auch besonders gedruckt worden sind, es bleibt mir also nichts weiter übrig, als diese neue Arbeit der Nachsicht und dem Wohlwollen des geneigten Lesers bestens zu empfehlen. Erlangen den 12. October 1797.

D. Christ. Fried. Glück.

Erstes

Erstes Buch.

Tit. I.

De iustitia et iure.

§. 1.

Schriften; verschiedene Bedeutungen des Worts *ius*.

Die ersten vier Titel der Pandecten enthalten blos allgemeine Begriffe und Wahrheiten vom Rechte überhaupt, und den mancherley Gattungen und Quellen desselben, und sind gleichsam als Vorbereitungsgründe der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit anzusehen. Dieselben vorauszuschicken, war auf jeden Fall nöthig, man betrachte nun die Pandecten des K. Justinians als einen Volkscodex [1]), oder, welches sie nach der Absicht des Kaisers gleichfalls seyn sollten, als ein zum wissenschaftlichen Unterricht aptirtes Rechtssystem. Der Anfang wird mit Bestimmung der Begriffe von

1) Daß billig in einem Volksgesetzbuche, eben so wie in allen andern Lehr- und Unterrichtsbüchern, zuförderst allgemeine Grundsätze des Rechts vorausgeschickt, und bey jeder Materie ein richtiger Hauptbegriff angegeben werden sollte, hat neuerlich der Verfasser des Versuchs eines Auszugs der Röm. Gesetze, in den Anmerkungen zum I—IV. Buch der Pandecten S. 97. u. f. richtig bemerkt, und das neue Gesetzbuch für die Preußischen Staaten giebt ein musterhaftes Beyspiel davon.

K
G5675A8
Th.1

LIBRARY
NOV 23 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

Vorrede
zur zweyten Ausgabe.

In dieser neuen Ausgabe, welche ich hier von dem erstern Bande meines Commentars dem gelehrten Publikum vorlege, bin ich bemüht gewesen, die Mängel der erstern zu verbessern, und meiner Arbeit die möglichste Vollkommenheit zu geben. Ich habe daher nicht nur von den Bemerkungen meiner Herren Recensenten, da wo ich sie gegründet fand, Gebrauch zu machen gesucht, sondern mich auch insonderheit bemüht, sowohl den Ausdruck, wo es nöthig schien, zu berichtigen, als auch in der Sache selbst das Werk theils durch Zusätze, theils durch Abkürzungen, so weit es nämlich ohne Nachtheil der Gründlichkeit geschehen konnte, zu seinem Zweck noch brauchbarer zu machen. Man wird daher fast keinen Paragraphen ganz ohne alle Verbesserung finden, besonders aber sind die Lehren von den Quellen der Verbindlichkeit, von der Auslegung der Gesetze, von der Anwendung und Verbindungskraft derselben, ferner die Lehren von dem Gewohnheitsrechte und den Privilegien, theils neu bearbeitet, theils vollständiger ausgeführt worden. Die neuern Schriften, welche die in diesem ersten Theile abgehandelten

Ma=

Materien betreffen, habe ich gleichfalls nicht bloß angeführt, sondern selbst nach Möglichkeit benutzt, und überhaupt den Mängeln der Litteratur überall abzuhelfen gesucht. Nicht selten habe ich mich auch zur Bestärkung meiner Meinung vorzüglich da, wo ich von meinem Verfasser abzugehen nöthig fand, auf das **neue allgemeine preussische** Gesetzbuch bezogen, um dadurch dieser neuen Ausgabe nicht nur eine besondere Zierde zu verschaffen, sondern auch zugleich dieses Werk für den preussischen Rechtsgelehrten desto brauchbarer zu machen. Ueberhaupt wird ein aufmerksamer Leser bey Vergleichung dieser Ausgabe mit der vorigen den Fleiß leicht bemerken müssen, den ich zu seinem Nutzen auf die Verbesserung und Vervollkommnung der gegenwärtigen verwandt habe. Beyspiele hiervon weiter anzuführen, schien mir um so weniger nöthig zu seyn, da diese Verbesserungen und Zusätze für die Besitzer der ersten Ausgabe auch besonders gedruckt worden sind, es bleibt mir also nichts weiter übrig, als diese neue Arbeit der Nachsicht und dem Wohlwollen des geneigten Lesers bestens zu empfehlen. Erlangen den 12. October 1797.

D. Christ. Fried. Glück.

Erstes

Erstes Buch.

Tit. I.

De iustitia et iure.

§. 1.

Schriften; verschiedene Bedeutungen des Worts *ius*.

Die ersten vier Titel der Pandecten enthalten blos allgemeine Begriffe und Wahrheiten vom Rechte überhaupt, und den mancherley Gattungen und Quellen desselben, und sind gleichsam als Vorbereitungsgründe der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit anzusehen. Dieselben vorauszuschicken, war auf jeden Fall nöthig, man betrachte nun die Pandecten des K. Justinians als einen Volkscodex [1]), oder, welches sie nach der Absicht des Kaisers gleichfalls seyn sollten, als ein zum wissenschaftlichen Unterricht aptirtes Rechtssystem. Der Anfang wird mit Bestimmung der Begriffe von

1) Daß billig in einem Volksgesetzbuche, eben so wie in allen andern Lehr- und Unterrichtsbüchern, zuförderst allgemeine Grundsätze des Rechts vorausgeschickt, und bey jeder Materie ein richtiger Hauptbegriff angegeben werden sollte, hat neuerlich der Verfasser des Versuchs eines Auszugs der Röm. Gesetze, in den Anmerkungen zum I—IV. Buch der Pandecten S. 97. u. f. richtig bemerkt, und das neue Gesetzbuch für die Preußischen Staaten giebt ein musterhaftes Beyspiel davon.

von Recht und Gerechtigkeit gemacht. *Nam iuri operam daturum*, sagt **Ulpian** gleich im Anfange dieses Titels, *prius nosse oportet, unde nomen* IURIS *descendat. Est autem a* IUSTITIA [2]) *appellatum, nam (ut eleganter* CELSUS *definit)* IUS *est ars boni et aequi.* Unter den mancherley Schriften über diesen, und zugleich etliche nachfolgende Titel sind folgende zu empfehlen. *Alb.* BOLOGNETUS de Lege, Iure et Aequitate. *Romae* 1570. fol. *Guil.* MARANI Commentarius de aequitate sive iustitia, in

2) Viele haben den Ulpian wegen dieser Derivation des Worts *ius* von Iustitia getadelt, weil nach den Regeln der Grammatiker das Wort *ius* vielmehr a iubendo, und *Iustitia* von ius abzuleiten sey. Andere hingegen haben ihn gegen diesen Tadel zu rechtfertigen gesucht. Die verschiedenen Meinungen hier anzuführen, halte ich für unnöthig. Man sehe RAEUARD in Variis Lib. I. c. 2. MENAGIUS in Amoenitat. iur. civ. c. 39. *Gregor.* LOPEZ MADERA in Animadversion. iur. civ. (Colon. Agripp. 1594. 8.) cap. 1. *van der* MUELEN ad h. Tit. L. 1. und *Ger.* NOODT in Comment. ad Digesta h. t. Soviel sieht man wohl, daß Ulpian mehr philosophisch als grammatisch verfahren, und denjenigen Ursprung des Worts *ius* angeben wollen, woraus der Begriff der Sache selbst entstanden ist. Da er nun IUS als eine Wissenschaft betrachtet, welche in der Erkenntniß dessen, was in jedem gegebenen Falle recht und billig ist, bestehet, und folglich die Handhabung der Gerechtigkeit zum Endzweck hat, so läßt sich's in sofern wohl vertheidigen, wenn er das Wort ius ganz im Geiste der stoischen Lehrart von iustitia hat ableiten wollen. S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Commentar. T. I. pag. 37. (*Cervariae Lacetanor.* 1757.) *Ge Steph.* WIESAND Vindiciae L. 1. §. 1. D. de Iust. et I. Lips. 1764. und *Car. Frid.* WALCH in not. ad ECKHARDI Hermenevt. iuris lib. I. cap. IV. §. 134.

in *Oper.* Tom. I. *Thomae* PAPILLONII Commentarii in IV. priores titulos Libri I. Digeſtor. in *Ger.* MEERMANNI Theſauro iur. civ. et canon. Tom. II. p. 570. *Wilh. van der* MUELEN Exercitationes in titulum Digeſtor. de iuſtitia et iure, et Hiſtoriam Pomponii de origine iuris. Trajecti ad Rhenum 1723. 4. *Io. Conr.* STIEGLITZII Fontes iuris civ. Rom. ſecundum ordinem Pandectarum collecti. Specim. I. ad tit. Digeſtor. de iuſtitia et iure. Lipſiae 1779. 8. Die kleinern academiſchen Schriften über dieſen Titel von *Ge. Chriſt.* GEBAUER, *Ioachim Ge.* DARIES, *Aug. Frid.* SCHOTT und *Georg. Chriſtoph.* NELLER, deſſen verſchiedene Commentationen in ſeinen von *Ge. Phil. Chriſt.* LEUXNER zu Trier 1787 herausgegebenen Opuſculis T. I. P. I. befindlich ſind, werde ich bey Gelegenheit anführen.

Was heißt nun IUS? dieſes Wort hat in unſern Geſetzen mancherley Bedeutungen [3]). Verſchiedene derſelben werden zwar in der *L.* 1. 11. u. 12. *D. h. t.* angegeben, jedoch kommen noch mehrere in andern Stellen unſers corporis iuris vor. Die vornehmſten ſind folgende.

1) Bedeutet *ius* ſo viel als Geſetz. Dieß iſt die originelle und eminenteſte Bedeutung dieſes Worts, von welcher alle übrigen abſtammen. So ſagt z. B. Ulpian in der *L.* 9. *D. de Legib.* non ambigitur, Senatum *ius* facere

 poſſe.

3) S. *Ier. Eb.* LINCK Diſſ. de iure variisque eius ſignificatibus. *Argent.* 1741. *Ge. Chr.* GEBAUER Diſſ. de iuſtitia et iure. Goett. 1738. §. 6. ſqq. und *Ge. Chr.* NELLER Princip. iuris, de iure, quod tribuit iuſtitia, EIUSD. Diſſ. de bono aequo et iuſto. (in *Opuſc.* T. I. P. I. Nr. 3. et 4.)

posse. Noch zu Ulpians Zeiten zweifelte man nicht, daß der Senat Gesetze machen könne; nur mußte er eine Veranlassung dazu vom Kaiser bekommen, oder es mußten wenigstens seine Verordnungen vom Kaiser bestätiget werden [4]). In eben dieser Bedeutung wird gesagt, es geschehe etwas *ipso iure*, wenn es eine unmittelbare Wirkung der Gesetze ist, ohne daß erst die Handlung eines Menschen hierzu erfordert wird [5]). So z. E. acquiriren die Kinder, welche bis an den Tod ihres Vaters in desselben Gewalt geblieben sind, die väterliche Erbschaft *ipso iure*.

2) Heißt auch *ius* jede andere verbindliche Norm, welche Gesetzeskraft hat. Schon die Zwölftafelgesetze verordnen in dieser Bedeutung: Paterfamilias uti legassit, ita *ius* esto [6]); das Testament eines freyen Bürgers soll Gesetzeskraft haben; und eben so wird in mehreren Stellen des römischen Gesetzbuches [7]) gesagt: *ius* ex sententia iudicis fieri, d. i. ein richterliches Erkenntniß mache unter den Partheyen eine verbindliche Norm. Auch die Praxis oder der Gerichtsgebrauch wird in den Gesetzen unserer Pandecten *ius* genennt, weil derselbe, wenn er die Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts an sich trägt, Gesetzeskraft hat. Sehr oft findet man daher, daß die römischen Rechtsgelehrten sich des Ausdrucks bedienen: *hoc iure* uti-

4) *M. C.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. post tempora lib. reip. Lib. III. c. 2. §. 57.

5) *Henr.* COCCEJI Disc. iurid. de eo, quod fit ipso iure. *Heidelb.* 1678.

6) *L.* 120. *D. de Verb. Signif.*

7) *L.* 50. *§.* 1. *D. de legat.* 1. *L.* 17. §. 1. *D. de inoff. test.*

utimur [8]), wodurch sie anzeigen, daß die von ihnen behauptete Meinung auch in der Praxis angenommen sey.

3) Wird auch *ius* dasjenige genennt, was mit den Gesetzen übereinstimmt, und entweder wesentlich gut und billig ist, oder doch wenigstens den Bürgern eines gewissen Staats nach ihren besondern Verhältnissen nützlich ist. Hierher gehört, wenn Paulus [9]) sagt: *Ius* pluribus modis dicitur: uno modo, cum id, *quod semper aequum ac bonum est*, IUS dicitur, ut est ius naturale: altero modo, *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est*, ut est ius civile [10]). In dieser Bedeutung unterscheidet man zwischen wirklichem Rechte, und förmlichem Rechte [11]). Letzteres ist zwar in Vergleichung mit den natürlichen Gesetzen nicht immer wirkliches Recht, allein in den Gerichten muß doch auch das als wirkliches Recht gelten, was einmal rechtskräftig dafür erkannt worden ist. Selbst die gemeine Wohlfarth erfordert dieses, damit die Rechtshändel ein gewisses Ziel haben, und nicht

 ewig

8) *L. 27. §. 1. in fin. D. de pact. L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. L. 3. pr. D. de agnosc. et alend. lib. L. 16. §. 9. D. ad SCt. Trebell.*

9) *L. 11. D. h. t.*

10) S. Versuch eines Auszugs der Röm. Gesetze. 1. Th. S. 98.

11) Man vergleiche Just. Mösers Abhandl. von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts (in den westphäl. Beyträgen zum Nutzen und Vergnügen 1780. Nr. 30. und in der Berlinischen Monatsschrift 1783. S. 506.) S. auch Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 94. S. 437. ff.

ewig dauern mögen. Wenn daher z. B. ein Schuldner durch einen ungerechten Ausspruch des Richters ist losgesprochen worden, so macht dennoch das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Schuldner für nicht schuldig erklärt worden ist, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld aus [12]): quia res iudicata pro veritate accipitur [13]).

4) Eine Hauptbedeutung des Worts *ius* ist ferner die, wenn es für ein moralisches Vermögen, etwas thun oder unterlassen zu dürfen, genommen wird. Hier heißt es eben das, was wir im Teutschen ein Recht, eine Befugniß, eine Freyheit, eine Gerechtigkeit nennen. So sagt man, man habe ein Pfandrecht, ius pignoris, eine Jagdgerechtigkeit, ius venandi, eine Steuerfreyheit. In dieser Bedeutung nimmt auch Ulpian das Wort *ius* in seinem Begriffe von der *iustitia*, wenn er sie in einer constanti et perpetua voluntate, *ius suum cuique tribuendi*, (d. i. einem jeden dasjenige zu geben und zu lassen, was ihm nach den Gesetzen gehört) setzt. Ein solches Recht kann uns nun entweder über gewisse Personen oder über Sachen zustehen, daher wird

5) die Gewalt, die ein Hausvater über die zu seiner Familie gehörige Personen hat, *ius* genennt, und die Menschen werden in Absicht auf den Familienzustand in homines *sui iuris*, und homines *alieni iuris*, eingetheilt, je nach-

12) STRYK D. de absoluto per sententiam iniustam ad effectus civiles non obligato. Halae 1710.

13) *L.* 207. *D. de Reg. iur.* In der *L.* 25. *D. de Statu hom.* und *L.* 29. *§.* 5. *D. mandati*, kommen mehrere Beyspiele vom förmlichen Rechte vor.

nachdem sie dieser häuslichen Gewalt entweder unterworfen sind, oder nicht [14]). Eben so muß

6) unter dem Worte *ius* bisweilen ein moralisches Verhältniß gewisser Personen gegen einander verstanden werden, worauf sich gewisse Rechte und Verbindlichkeiten gründen. Hierher gehört, wenn **Marcian** [15]) sagt: Nonnunquam *ius* etiam pro necessitudine dicimus; veluti est mihi *ius cognationis* vel *affinitatis* [16]).

7) heißt *ius* soviel, als die Qualität der Sache, welche mir ein Recht giebt [17]), deßgleichen der Titel, oder rechtliche Grund, vermöge dessen ein dingliches Recht erworben werden kann, wie man aus den *L.* 10. *D. si servit. vindicetur* und *L. ult. D. de aqua et aquae pluv. arcend. act.* ersiehet.

 8) zeigt

14) *Pr. I. de his, qui sui vel alien. iur. sunt. L.* 43. *D. de Obl. et act.*

15) *L.* 12. *D. h. t.*

16) Sehr gut erklärt diese Stelle *van der* MUELEN in dem angeführten Commentar pag. 321. wenn er sagt: *Per* IUS *hic intelligimus illam personalem qualitatem, quam inter homines sive ius naturae sive civile in statu vel naturali vel civili viventes introduxit; cuiusmodi qualitas, quia ex iure dimanat,* IURIDICA *appellari potest, qua efficitur, ut alter ad alterum certam quandam habeat relationem; adeoque qualitas illa respicit hominis statum cum relatione ad statum alterius; quamobrem nec a ratione alienum, ut* IURIS *vocabulum aliquando etiam pro* NECESSITUDINE *dicamus.*

17) *L.* 86. *D. de V. S.* Quid aliud sunt *iura praediorum,* quam praedia qualiter se habentia. Vid. GOEDDAEUS in Comment. ad tit. de Verb. Signif. h. L.

8) zeigt das Wort *ius* einen Inbegriff aller Gesetze von einer Art, oder einer ganzen Nation an. Z. E. ius scriptum, ius criminale, ius Romanum. Zuweilen aber wird

9) unter *ius* nur das ius civile verstanden, insofern es dem iuri praetorio entgegengesetzt wird. So wird oft in unsern Gesetzen gesagt, daß etwas *ipso iure* geschehe, oder entstehe, oder gelte, und davon werden die Fälle unterschieden, da etwas iure praetorio oder per praetoris tuitionem geschiehet [18]).

10) wird das Wort *ius* auch für den Ort genommen, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, und vorzüglich das Tribunal des Prätors dadurch angezeigt; wie die Ueberschriften der Titel in den Pandecten de *in ius* vocando und de interrogationibus *in iure* faciendis beweisen. Denn in den ältern Zeiten der Römer unterschied man zwischen *ius* und iudicium, und nannte letzteres den Ort, wo der den Partheyen nach der römischen Proceßform bestellte iudex pedaneus saß, und das streitige Factum untersuchte. Daher waren die Handlungen des gerichtlichen Processes von zweyerley Art, actus *in iure* und actus *in iudicio*, je nachdem sie bey dem Prätor, oder bey dem judex pedaneus verrichtet wurden [19]). Auch in den teutschen Gesetzen findet

18) *L.* 1. §. *ult. D. de superficieb. L.* 1. §. 5. *D. quod falso tut. L.* 1. *D. quib. mod. usufr. amitt. L.* 9. §. 1. *D. usufr. quem. cav.* In diesen Stellen heißt die Redensart: *ipso iure fit*, soviel als fit opera et auctoritate iuris civilis, neque auxilio Praetoris opus est, wie sie *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. c. XIV. n. 24. et 25. erklärt.

19) *L.* 1. §. 2. *D. de postul. L.* 3. §. 1. *D. ne quis eum, qui in ius vocat.*

det man zuweilen das Wort **Recht** für den Gerichtsort gebraucht [20]). Eine damit verwandte Bedeutung iſt

11) die, da durch das Wort *ius* die Art des gerichtlichen Verfahrens bey Unterſuchung und Entſcheidung ſtreitiger Rechtsſachen, oder die Proceßform und Gerichtsordnung bezeichnet wird. In dieſer Bedeutung machen die Geſetze bey der Verhandlung ſtreitiger Rechtsſachen einen Unterſchied zwiſchen ſolchen, welche *iuris ordinarii*, und denen, welche *cognitionis praetoriae* waren. Bey den erſtern wurde nämlich ein judex pedaneus beſtellt, und dieß war die gewöhnliche Proceßform. Cognoſcirte hingegen der Prätor ſelbſt, und entſchied den Rechtsſtreit allein, ohne einen judex pedaneus zu beſtellen, ſo geſchah dieſes extra iuris ordinem [21]). Eben ſo reſcribiren die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** in der *L.* 13. *C. de rei vindicat.* es ſey *ordinarii iuris*, d. i. dem ordentlichen Rechtslaufe gemäß, daß erſt über den Beſitz erkannt, und dann die cauſa proprietatis entſchieden werde. Daß auch das teutſche Wort **Recht** zuweilen für den Proceß genommen werde, beweiſt nicht nur die in den Schuldverſchreibungen zuweilen vorkommende Clauſel: **mit oder ohne Recht**; ſondern auch der in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. öfters

20) So kommt das Wort **Recht** in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. Art. 135. vor: Item, wenn jemand beklagt, und **im Recht** erfordert oder bracht würde. S. WALCH in Gloſſar. germ. interpretationi Conſt. crim. Carol. inſervient. v. **Recht**. S. 414.

21) *L.* 178. §. 2. *D. de Verb. Signif.*

öfters gebrauchte Ausdruck peinliches Recht [22]). Sodann wird

12) unter dem Worte *ius* bisweilen der Ausspruch des Prätors oder einer andern Magistratsperson bey den Römern verstanden, die vermöge ihres Amts die Gerichtsbarkeit ausübte, dieß beweist die bekannte Redensart *ius reddere*, *ius dicere* [23]). Von dem iudex pedaneus brauchte man das Wort *iudicare*, wenn er eine Sentenz ertheilte [24]).

13) heißt *ius* auch in einigen Gesetzen soviel, als die durch die Gesetze bestimmte Testamentsform. Bekannt sind die Ausdrücke: testamentum *iure* factum, et *non iure* factum, worunter ein Testament verstanden wird, welches nach der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet, oder nicht in Gemäßheit derselben errichtet worden ist; und hieraus ist der in unsern Gesetzen [25]) öfters vorkommende Ausdruck: *de iure disputare*, zu erklären, welcher nichts anders bedeutet, als ein Testament aus dem Grunde anfechten, daß es mit einem Mangel in Ansehung der äusserlichen Form behaftet sey, und daher den Rechten nach nicht bestehen könne [26]).

End-

22) Man vergleiche Art. 15. mit Art. 11. 14. u. 211. der P. G. O. WALCH in Gloſſar. cit. voc. peinliches Recht. S. 410.

23) *L. 11. D. h. t.*

24) *L. 7. D. de off. proconſ. L. 3. D. de off. eius, cui mand. eſt iurisd.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *iudicare*. Jedoch haben die Röm. Juriſten dieſen Unterſchied auch zuweilen vernachläßiget. S. FINESTRES in Hermogeniano. T. I. pag. 327.

25) *L. 5. §. 1. L. 24. D. de his, quae ut indign.*

26) WOLTAER Obſervat. iur. civ. et Brandenb. Faſc. I. Obſ. 26. pag. 218. ſqq. und NETTELBLADT Diſſ. de eo, qui de iure diſputavit, haud indigno. *Halae* 1765.

Endlich bedeutet *ius* auch

14) ſoviel, als Rechtsgelehrſamkeit, wie es nicht nur in der Rubrik des gegenwärtigen Titels genommen, ſondern auch in dem erſten Geſetz dieſes Titels gebraucht wird, wo es heißt: *Ius* eſt ars boni et aequi.

Uebrigens bemerke ich noch, daß die römiſchen Rechtsgelehrten mit dem Worte *ius* eine ganz eigene Bedeutung verbunden zu haben ſcheinen, wenn ſie öfters zu ſagen pflegten, daß etwas mehr *in facto* als *in iure* beſtehe, oder wenn ſie ſonſt *ius* und *factum* einander entgegenſetzen. So z. B. ſagt **Modeſtin** in der *L.* 10. *D. de cap. minut.* daß das Vermächtniß der Habitation ſich zwar mit dem Tode des Legatars endige, aber durch keine Capitisdeminution verlohren werde: quia tale legatum *in facto* potius, quam *in iure* conſiſtit. **Paulus** drückt ſich faſt auf die nämliche Art aus, wenn er in der *L.* 27 §. 2. *D. de pactis* ſagt: in ſtipulationibus *ius* continetur, in pactis *factum* verſatur. Ich übergehe andere Stellen mit Stillſchweigen, in welchen *ius* und *factum* einander entgegengeſetzt werden [27]). Es fragt ſich alſo, haben die römiſchen Rechtsgelehrten hier wirklich dem Worte *ius* eine von den Zeither angegebenen ganz verſchiedene Bedeutung beygelegt? Nach der gewöhnlichen Erklärung nimmt man an, daß nach der Sprache der römiſchen Rechtsgelehrten dasjenige *in iure* beſtehe, was ſeine Conſiſtenz und Form durch die bürgerlichen Geſetze erhalten hat; *in facto* hingegen dasjenige beſtehe, was nicht durch die bürgerlichen Geſetze anerkannt, und in eine

27) Vergl. *L.* 41. *D. de pecul. L.* 48. §. 1. *D. de acq. rer. dom. L.* 38. §. 6. *D. de Verb. Obligat.*

eine bestimmte Form gebracht worden, sondern nur Resultat eines natürlichen Rechts oder einer natürlichen Verbindlichkeit ist [28]). Allein ich glaube nicht, daß man nöthig habe, in den angeführten Stellen von der gewöhnlichen Bedeutung des Worts *ius*, da es soviel als Gesetz heißt, abzuweichen. **Modestin** will nämlich soviel sagen: darum gehe das Vermächtniß der Habitation durch eine etwa erfolgte Capitisdeminution des Legatars nicht schlechterdings verlohren, weil ein solches Legat die besondere Eigenschaft hat, daß das Recht des Legatars nicht gleich nach geschehener Erbschaftsantretung ipso iure seinen Anfang nimmt; sondern erst per factum habitationis erworben wird, mithin von der Zeit anfängt, da der Legatar die ihm vermachte Wohnung wirklich bezieht. Das Recht des Legatars werde daher nicht ein für allemal erworben, sondern es nehme so oft von neuem wieder seinen Anfang, als der Legatar wieder zu wohnen anfängt [29]). Eben so läßt sich auch **Paulus** erklären. Denn betrachten wir die oben angeführten Worte in

28) S. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 8. *Greg.* MAJANSIUS in Disputat. iur. T. I. Disp. XVIII. §. 9. p. 329. *Io. van* NISPEN in Exercit. ad fragmenta, quae in Dig. ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt; (in OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. D. I.) Roßmanns Abhandl. warum die Habitation vielmehr in facto als in iure bestehe? in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1751. Nr. 33. und Gmelins Abh. von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach Röm. Rechtssystem; in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. III. Band. Nr. VII. §. 57.

29) Man sehe *G. L* BOEHMERI Observatio ad sententiam MODESTINI in *L. 10. D. de cap. minut.* Goetting. 1778.

in ihrem ganzen Zusammenhange, so ist der Sinn derselben ohne Zweifel der: Stipulationen wirken ipso iure und vermöge der Verordnung der Civilgesetze. Wird daher eine durch blosen Vertrag erlassene Schuld mittelst einer Stipulation wieder hergestellt, so ist es, als ob sie dem Schuldner nie erlassen worden wäre; allein diese Wirkung haben blose Verträge nicht, diese sind nur dann von Wirkung, wenn man die deshalb vom Prätor ertheilte Exception oder Replik in den Gerichten vorschützt, und also ein Factum unternimmt [30]). Weiter kann ich mich vorjetzt auf die Erklärung dieser Stellen nicht einlassen, sondern werde bey den Hauptmaterien des bürgerlichen Rechts, worauf sich jene Stellen beziehen, ausführlicher davon handeln, auch sodann die Erklärungen anderer Rechtsgelehrten näher prüfen.

§. 2.

Begriff, Eintheilung und Quellen der Verbindlichkeit. Erklärung des *pr. I. de obligat.* und der *L. 1. D. de obligat. et action.*

Wo nun ein Recht ist, da ist auch eine Verbindlichkeit vorhanden, demselben gemäß zu handeln, (Iuri respondet obligatio). Dieses kann auf zweyerley Art verstanden werden. Einmal, wenn man das Wort *ius* für Gesetz nimmt, so heißt es soviel: wo ein Gesetz ist, da ist auch eine Verbindlichkeit, seine Handlungen nach der Vorschrift desselben einzurichten. Zum andern, wenn man unter

30) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 2. *Nic. Christph.* L. B. *de* LYNKER praescript. publ. ad textus quosdam iuris select. (*Viennae* 1723. 8.) Praescript. XXI. p. 166.

ter *ius* ein nach den Gesetzen zustehendes Vermögen etwas zu thun verstehet, so hat jener Grundsatz den Verstand: Wenn die Gesetze mir ein Recht ertheilen, so verpflichten sie meine Mitbürger, die Ausübung desselben geschehen zu lassen. Denn niemand darf den andern in seinem Rechte kränken, oder ihn an dessen Ausübung hindern.

Was ist nun aber Verbindlichkeit? Der Begriff, den wir in dem römischen Gesetzbuche [31]) davon finden, ist folgender: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura. Es ist ganz offenbar, daß **Justinian** hier keinen allgemeinen Begriff gegeben, sondern nur eine solche Verbindlichkeit bezeichnen wollen, die bürgerlich wirksam ist, und aus welcher nach römischen Rechten eine Klage gegen den Schuldner erhoben werden konnte. Dies zeigen die Worte *secundum nostrae civitatis iura* unter andern sehr deutlich an. Es scheint dies auch der recht eigentliche Begriff der Obligation im Sinne des römischen Civilrechts zu seyn, wenigstens kann man sich's nun erklären, wenn **Julian** [32]) sagt, eine natürliche Verbindlichkeit, die keine Klage wirkt, sey nur uneigentlich und per abusionem eine *obligatio* zu nennen; ja wie lebhaft sich die römischen Juristen überzeugt haben müssen, daß nur eine vollkommene Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung mit Beystand der Rechte geklagt werden kann, den Namen einer Obligation verdiene, läßt sich weiter daraus erkennen, wenn in den Gesetzen [33]) gesagt wird, ein sogenanntes pactum nudum wirke

31) *pr. I. de obligat.*

32) *L. 16. §. 4. D. de fideiussor.*

33) *L. 7. §. 4. D. de pactis.*

wirke keine Verbindlichkeit (d. i. kein Recht zu klagen), sondern nur eine Exception; und derjenige nur sey für einen Schuldner zu halten, a quo *invito* exigi pecunia potest [34]). Das Wort *solvere* wird übrigens in der gesetzlichen Definition der Obligation im weitläuftigen Verstande genommen, und begreift dare, facere, praestare id, quod debeas, unter sich [35]). Der Zusatz *secundum nostrae civitatis iura* enthält endlich eine Modification des rechtlichen Bandes, welches durch die Obligation geknüpft wird, und will, wie **Hugo Donellus** [36]) diese Worte erklärt, soviel sagen: adstringimur vero non quibuslibet modis, non ut cuique visum est, non ut quis quid vi, aut turpiter promisit; sed ut sunt adstringendi causae *secundum nostrae civitatis iura.* Wobey ich nur noch bemerke, daß die Worte iura civitatis Romanae zwar vorzüglich die mancherley Gattungen des positiven römischen Rechts anzeigen, und nicht undeutlich zu erkennen geben, daß es nicht genug sey, wenn die Verbindlichkeit zwar vom Civilrecht anerkannt, vom Prätor aber entkräftet worden; denn nur eine bürgerlich wirksame Verbindlichkeit, die kein Gesetz entkräftet, verdient nach jenem römischen Begriff den eigentlichen Namen *Obligatio* [37]); inzwischen ist doch auch das natürliche Recht (ius gentium) nicht auszuschließen. Nam Populus Romanus, sagt **Justinian** [38]), partim suo pro-

34) *L.* 108. *D. de V. S.*

35) *L.* 3. *D. de O. et A. L.* 176. *D. de V. S.*

36) In Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 1.

37) Man sehe *Ian. a* COSTA ad h. pr. I. de obligat. und *Ern.* TENTZEL de definitione legali obligationis. Erf. 1737.

38) §. 1. *fin. I. de iure nat. gent. et civ.*

proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Nach Justinians Begriff wäre also *Obligatio* die von den bürgerlichen Gesetzen als wirksam und klagbar anerkannte moralische Nothwendigkeit, einem Andern ein gewisses bestimmtes Object zu leisten [39]; und soll also nicht jede allgemeine Pflicht, z. E. keinem Andern etwas von dem Seinigen zu entziehen, und überhaupt keine strafbare Handlung zu begehen, darunter verstanden seyn, sondern sie setzt vielmehr jederzeit eine Person voraus, welche einer andern zu einem bestimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden ist [40].

Daß also der legale Begriff des römischen Rechts von der Obligation wenigstens nicht als allgemeiner Begriff der Ver-

39) In einer noch eingeschränktern Bedeutung wird *Obligatio* in unsern Gesetzen auch für Verpfändung genommen; *L. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut.* Siehe D. *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. (Tubing. 1788.) §. 670. Dahingegen wird aber auch das Wort *obligatio* in unsern Gesetzen zuweilen in einer so ausgedehnten Bedeutung genommen, daß das ganze Verhältniß zwischen dem debitor und creditor darunter begriffen ist, also nicht nur die Verbindlichkeit des Schuldners, sondern auch das Forderungsrecht des Gläubigers. So z. B. kommt in den Gesetzen der Ausdruck *ius obligationis* vor. §. 2. *I. de reb. corp. et incorp.* und wenn die Gesetze sagen: obligationem perimit casus, so reden sie immer vom Gläubiger, wenn das Forderungsrecht desselben aufhört, denn vom Schuldner sagen sie: liberatur ab obligatione. §. 1. *I. de duob. reis stip. et promitt.* S. HUBER in Digression. Iustinian. Lib. IV. cap. 10. pag. 318. sqq. und Hugo's civilistisches Magazin. 1. B. 1. Heft. S. 126. f.

40) S. Hugo Institutionen des heutigen Röm. Rechts. (Göttingen 1789.) §. 31.

Verbindlichkeit gelten könne, weil er den Gegenstand nach seinem ganzen Umfang nicht in sich faßt, ist gewiß. Was ist also Verbindlichkeit überhaupt? Ich muß, ehe ich den richtigern Begriff davon überhaupt festsetze, vor allen Dingen bemerken, daß man insgemein die Verbindlichkeit aus einem zweyfachen Gesichtspuncte zu betrachten pflegt, je nachdem nämlich dieselbe entweder Jemandem auferlegt wird, oder demjenigen wirklich obliegt, welcher vermöge derselben verpflichtet wird. Jenes nennt man die active, dieses die passive Verbindlichkeit, und so wie man die erstere durch *connexionem motivi cum actione* definirt, so verstehet man im Gegentheil unter der letztern *qualitatem moralem passivam, qua quis praestare aut pati quid tenetur.* Man findet diese Begriffe beym Wolf, Puffendorf und andern. Allein wenn sich gleichwohl die Obligation in die active und passive eintheilen läßt, wie in der Folge sich ergeben wird, auch diese Eintheilung in dem System des bürgerlichen Rechts nicht unbekannt ist; denn wem sollte wohl die bekannte Eintheilung der Correalobligation in die active und passive hierbey nicht einfallen? so sind doch jene gemeine Begriffe viel zu wenig brauchbar, da es ihnen nicht nur an gehöriger Deutlichkeit, sondern auch an Richtigkeit fehlt. Wenn da, wo Motiven an fremde Handlungen geknüpft werden, allemal auch eine Verbindlichkeit vorhanden seyn soll, so wird auch der Strassenräuber mir eine Verbindlichkeit auflegen können, wenn er mir den Tod drohet, und mich dadurch nöthigt, ihm das Meinige hinzugeben. Ich weiß wenigstens nicht, wie man dieser Folge ausweichen will, denn sind in diesem Falle nicht Motive und Handlung connex? Motive können zwar die Erfüllung desjenigen bewirken, was eine schon vorhandene Ver-

bindlichkeit uns auflegt; allein der Begriff der Obligation selbst läßt sich daraus nicht formiren; denn ein anders ist Verbindlichkeit an sich; ein anders äussere Erfüllung derselben, wie auch schon von andern längst bemerket worden ist [41]). Richtiger wäre also der Begriff der Verbindlichkeit zu bestimmen, wenn man darunter überhaupt eine moralische, d. i. auf das Gesetz sich gründende, Nothwendigkeit, etwas zu thun oder zu unterlassen, verstehet. Wir bemerken dabey folgendes:

Erstens: daß die Verbindlichkeit der Regel nach keine absolute, sondern nur eine moralische Nothwendigkeit mit sich führt, welche also nicht alle Freyheit zu handeln ausschließt, sondern uns blos zur Erfüllung dessen, was das Gesetz von uns fordert, unter der Bedingung bestimmt, wenn man ein Uebel vermeiden, oder ein gewisses Gut oder einen Vortheil erlangen will. Unter diesen Umständen bleibt mir also das Gegentheil dessen, was meine Verbindlichkeit erheischt, nach meinen physischen Kräften noch immer möglich, obgleich freylich nach der Natur desjenigen, was moralisch nothwendig [42]) genennet wird, das Gegentheil nicht

41) S. *Christph. Frid.* SCHOTT de notione obligationis. Tubing. 1754. inter EIUSDEM Diſſert. iur. naturalis. T. I. (Erlang. 1784. 8.) Diſſ. III. §. 19. Ein classisches Werk in dieser ganzen Materie von der Verbindlichkeit ist des Hrn. Prof. Adolph Dietrich Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. Zweyte durchgängig verbesserte u. vermehrte Auflage. Schwerin und Wismar 1795. gr. 8.

42) SCHOTT in der angeführten Diſſert. §. IX. sagt: *moraliter necessarium* esse id, cuius oppositum salvo respectu actionum liberarum ad regulam est impossibile.

nicht statt finden kann, wenn das Verhältniß meiner freyen Handlung zu der Regel, wodurch dieselbe bestimmt wird, erhalten werden soll.

Zweytens: da die Verbindlichkeit eine vom Gesetz auferlegte Nothwendigkeit zu handeln ist, so ist folglich das Gesetz der wahre Grund aller Verbindlichkeit. Dieses ertheilt der Verbindlichkeit selbst Daseyn und Wesen, dahingegen die damit verknüpften Motiven, nämlich die Vorstellungen des Guten und Bösen, wodurch wir derselben gemäß zu handeln bestimmt werden, nur in so weit in Betrachtung kommen, als sie die Erfüllung desjenigen bewirken können, was eine schon vorhandene Verbindlichkeit uns auflegt.

Drittens: alle Verbindlichkeit entspringt aus den Gesetzen. Fragt man nun, wie sie daraus entsteht, so lassen sich zwey Fälle gedenken, nämlich eine Verbindlichkeit entspringt entweder unmittelbar aus den Gesetzen, ohne daß derjenige, welchem sie obliegt, sich erst durch eine besondere Handlung solche zugezogen hätte, oder sie entstehet nicht unmittelbar aus den Gesetzen, sondern setzt eine moralische Handlung desjenigen, dem sie obliegt, zum voraus, welche den nächsten Grund ihrer Wirklichkeit enthält. Eine Verbindlichkeit der erstern Art nennt man eine unmittelbare, dahin gehört z. B. die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier ungereizt auf eine bey der Art von Thieren, zu welcher das schädliche gehört, sonst nicht gewöhnliche Weise angerichtet hat (*si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*): denn hier ist kein factum hominis, geschweige denn eine Handlung des Besitzers, welchem die Verbindlichkeit zur Schadensersetzung

 obliegt,

obliegt, vorhanden, die den nächsten Entstehungsgrund der Verbindlichkeit abgeben könnte; und da nur freye Handlungen als obligatorische angesehen werden können, so verstehet sich's von selbst, daß die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden kann. Diese Verbindlichkeit entstehet also unmittelbar aus den Gesetzen. Dahin gehört ferner die Verbindlichkeit eines Besitzers, demjenigen eine innehabende Sache vorzuzeigen, welchem, um seine vermeintlich daran habenden Ansprüche geltend machen zu können, besonders daran gelegen ist, selbige zu sehen (*obligatio ad exhibendum*). Wenn im Gegentheil nicht die Vorschrift des Gesetzes unmittelbar, sondern eine besondere vom Gesetz bestimmte moralische Handlung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegen soll, den nächsten Entstehungsgrund derselben ausmacht, so wird sie eine mittelbare Verbindlichkeit genennt [43]).

Vier-

43) Es giebt Rechtsgelehrten, welche die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mittelbare und unmittelbare schlechterdings verwerfen, weil, ihrer Einsicht nach, ohne alles Factum gar keine Verbindlichkeit denkbar sey. S. Dr. Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. 1. Sammlung. 1. Aufsatz. Allein *L.* 52. *pr.* und *§.* 5. *D. de obl. et act.* beweist diese Eintheilung deutlich. Ueberdies kommt es bey dieser Distinction nicht darauf an, ob überhaupt ein Factum desjenigen, welchem die Verbindlichkeit obliegt, vorhanden sey, oder nicht, sondern ob sie ihren nächsten Grund (*causam proximam*) aus gesetzlicher Disposition, oder aus einer moralischen Handlung desjenigen, dem sie obliegt, ableite. Setzt man den distinctiven Character der unmittelbaren und mittelbaren Verbindlichkeit darinn, so ist die Eintheilung vollkommen gerechtfertiget. S. NETTELBLADT Systema elementare iurispr. positivae Germanor. commun. generalis. Halae 1781. §. 295. et 296.

Viertens: da eine mittelbare Verbindlichkeit ein factum obligatorium zu ihrer Wirklichkeit erfordert, so kommt es nun auf die verschiedenen Arten der menschlichen Handlungen an, um eine richtige und vollständige Theorie von Entstehung der mittelbaren Verbindlichkeiten bilden zu können. Gewöhnlich pflegt man in den gemeinen Lehrbüchern die facta, welche mittelbare Verbindlichkeiten bewirken, auf zwey Hauptclassen zu reduciren. Erlaubte — und unerlaubte Handlungen. Erstere, sagt man, sind die Verträge, letztere hingegen die Verbrechen; und hiernach nimmt man folgende Regel an, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in sich fassen soll: omnis obligatio mediata oritur vel ex pacto vel ex delicto. Allein wie unzulänglich diese Theorie, und wie wenig sie dem System der römischen und der heutigen Rechtsgelahrtheit angemessen sey, läßt sich leicht beweisen. Der Kaiser **Justinian** bestimmt in seinen Institutionen [44]) den Entstehungsgrund der mittelbaren Verbindlichkeiten dahin: obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Wo bleiben nun nach der gemeinen Theorie die hier ausdrücklich genannten obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur, wovon ein ganzer Titel der Institutionen handelt [45])? Diese entstehen doch gewiß so wenig aus Verträgen, als aus Verbrechen. Wo bleiben ferner die obligationes, quae quasi ex maleficio sunt, wovon *Tit.* 5. *Libri IV. Institut?* Nun glaubt man zwar den Fehler dadurch zu verbessern, daß man diejenigen Handlungen,

44) §. *ult. I. de obligat.*

45) Tit. 28. Lib. III.

welche nach einer richtigen Beurtheilung weder zu den Verträgen noch zu den Verbrechen gerechnet werden können, durch Hülfe einer Fiction dennoch bald der einen, bald der andern Art beyzuzählen sich bemühet. Man sagt nämlich, wer durch erlaubte Handlungen, die keine Verträge sind, verbindlich wird, bey dem fingiren die Gesetze, daß er einen Vertrag geschlossen; und wenn aus unerlaubten Handlungen, die keine eigentliche Verbrechen sind, eine Verbindlichkeit entstehet; so rührt dieses daher, weil die Gesetze ein eigentlich nicht vorhandenes Verbrechen als wirklich geschehen, annehmen. Allein daß diese herbeygezogene Fiction ungereimt, und eine in den Gesetzen nirgends gegründete Chimäre sey, wird zu seiner Zeit dargethan werden. Etwas verschieden von jener ist die Theorie des Gajus [46]), wenn dieser lehrt: Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Hier wird, ausser den Verbindlichkeiten, welche aus einem Contract oder Verbrechen herrühren, als einer dritten Gattung, annoch solcher gedacht, welche *proprio quodam iure ex variis causarum figuris* entstehen. Diese letztere Gattung soll alle die Verbindlichkeiten in sich fassen, wozu weder Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund gegeben. So mancherley nun diese causarum figurae seyn können, die ein besonderes Fundament von Verbindlichkeiten abgeben, welches weder zu den Contracten, noch Verbrechen zu rechnen ist, so scheint dennoch Gajus unter jener Gattung der Verbindlichkeiten, welche ex proprio quodam iure et variis causarum figuris ihre Entstehung herleiten, vornämlich

46) *L. I. D. de obligat. et action.*

lich diejenigen verſtanden zu haben, welche quaſi ex contractu und quaſi ex delicto herrühren. Schon **Anton Schulting** [47]) und **Pothier** [48]) waren dieſer Meinung, allein Hr. Prof. **Weber** [49]) hat dieſes aus der Verbindung der Fragmente des Gajus, worinn derſelbe von dem Entſtehungsgrunde der Verbindlichkeiten handelt, und welche in den Pandecten [50]) nach eben der Reihe und Folge geordnet ſind, wie man ſie in ſeinen Schriften ſelbſt angetroffen, ſo einleuchtend bewieſen, daß nicht der mindeſte Zweifel übrig bleibt. Denn wenn der Juriſt zuförderſt (*princ. cit. Leg.*) die Hauptquellen der Verbindlichkeiten in allgemeinem angiebt; nämlich den Contract, das Verbrechen, und dasjenige beſondere Fundament, welches er

 unter

47) in notis ad GAJI inſtitut. L. II. Tit. 9. Iurisprud. Antejuſt. pag. 144. edit. *Ayrer Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris naſcuntur, comprehendere videtur, tam quae quaſi ex contractu vel quaſi ex delicto ſunt, quam quae ex lege, edicto, vel alio ſimili iure naſcuntur.*

48) in Pandect. Iuſtinianeis Tit. de Obligat. et actionib. Tom. III. pag. 274.

49) von der natürl. Verbindlichkeit 1. Abtheil. §. 22. S. 65. ff.

50) Vergleiche *L. 1. 4. et 5. D. de obligat. et act.* Alle dieſe Fragmente ſind aus des GAJI *libris Aureorum* genommen, wie die Inſcription derſelben lehrt, und zwar L. 1. ex lib. 2. Aureorum; L. 4. und 5. aber ex lib. 3. Aureor. die Ueberſchrift des L. 4. heißt GAJUS *lib. 3. Rerum Quotidianarum, ſive Aureorum.* Vermuthlich gab Gajus ſeinem Buche dieſen Titel, weil es gemeinnützige Sachen enthielt, welche in foro täglich vorkamen, und eben deßwegen beſonders ſchätzbar waren. S. *Franc. Car* CONRADI de Caii libris Rer. Quotid. ſive Aureorum, in *Parergis* Lib. I. n. VII. p. 113.

unter dem proprio iure variisque causarum figuris versteht; darauf aber jede dieser Quellen wieder besonders durchgehet; und L. 1. §. 1. sq. mit dem Contract den Anfang macht, dessen verschiedene Eintheilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quasi ex contractu mit irgend einem Worte dabey zu erwähnen, geschweige denn solche als Untergattungen dahin zu rechnen; wenn er darauf L. 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erst, nachdem er alles dieses absolviret hat, die besondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto nachholet, und von den erstern in der L. 5. bis zum 4. §., von den letztern aber §§. 4. sqq. bis zu Ende dieser L. 5. [51]) handelt; so ist wohl nichts wahrscheinlicher, als daß er diese zu der allgemeinen Rubrik ex variis causarum figuris, wovon wir sonst keine besondere Erläuterung antreffen, ganz vorzüglich gerechnet habe [52]). Da indessen Gajus alle übrige Verbindlichkeiten, deren Grund weder aus einem Contract noch aus einem Verbrechen herzuleiten ist, zuletzt unter

51) *L. fin. D. de extraord. crimin.* welche auch ex GAJI *lib.* 3. *Rerum Quotid. seu aureorum* genommen ist, und von dem quasi delicto iudicis litem suam facientis handelt, scheint mit dem *§.* 4. *L.* 5. *D. de obl. et act.* einerley zu seyn; nicht ohne Grund haben daher PRATEIUS in Iurisprud. med. Lib. I. c. 19. und PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. Lib. I. c. 78. selbige inter geminationes Pandectarum gezählet. Jedoch urtheilet Wissenbach ganz richtig, daß die letztern Worte jener L. fin. nach *quasi ex maleficio teneri*, ein Zusatz der Compilatoren wären.

52) Siehe auch DONELLUS in Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 5. und *Andr. Guil.* CRAMER in Dispunctionum iuris civ. libro singul. (*Suerini et Wismariae* 1792. 8.) Cap. 3.

unter eine Hauptclasse bringt, so glaube ich wenigstens nicht, daß es dem Sinne seiner Worte entgegen sey, wenn man auch die unmittelbaren Verbindlichkeiten, so wie auch die obligationem ex voto et pollicitatione unter den variis causarum figuris mit versteht.

So gewiß ich überzeugt bin, daß die vorgetragene Erklärung dem wahren Sinne des römischen Rechtsgelehrten von der Entstehungsart der Verbindlichkeiten vollkommen gemäß sey; so ist und bleibt doch auch diese Theorie selbst nicht nur dunkel, sondern sie ist auch in manchem Betracht sehr unzulänglich, und überhaupt unserm heutigen Rechtssystem nicht mehr angemessen. Denn wir müssen bemerken, daß die römischen Rechtsgelehrten immer nur in Beziehung auf das ius in personam von der obligatione zu reden gewohnt sind; daher in den Titeln de obligationibus nicht sowohl von Verbindlichkeiten überhaupt nach dem Begriffe, den wir mit diesem Ausdruck verbinden, sondern nur von persönlichen Rechten gegen ein gewisses Subject gehandelt wird. Hiernächst ist auch in den angeführten Gesetzen nur die Quelle solcher Verbindlichkeiten angegeben worden, welche wirklich in den Gerichten eine Klage hervorbringen. Man darf sich daher auch nicht wundern, daß der Verträge keine Erwähnung geschieht, weil aus blosen Verträgen bey den Römern keine Klage entstand [53]. Allein da blose Verträge doch selbst nach römischen Gesetzen mancherley Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen, welche,

53) Warum die Röm. Rechtsgelehrten die Hauptsumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeiten, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Contracte reducirt haben? hat Hr. Prof. Weber im angef. Buche §. 8. vortreflich gezeigt.

che, wenn auch derentwegen keine Klage statt hatte, doch in den bürgerlichen Gerichten von wichtiger Wirkung waren, z. E. eine Exception, eine Compensation, ein Retentionsrecht u. s. w. begründeten, so hätten die röm. Rechtsgelehrten in ihrer Theorie von den Quellen der Verbindlichkeit der Verträge nicht so ganz uneingedenk seyn sollen. Auf folgende Art ließ sich also eine vollständigere Theorie von den Entstehungsgründen der mittelbaren Verbindlichkeiten nach röm. Rechte formiren.

Mittelbare Verbindlichkeiten entstehen entweder aus erlaubten, oder aus unerlaubten Handlungen. In beyden Fällen kommt es auf die verschiedenen Arten der Handlung an. Ist die Handlung, die den nächsten Grund der Verbindlichkeit enthält, erlaubt, so bestehet diese entweder in einem acceptirten Versprechen, oder sie ist eine erlaubte einseitige Handlung. In erstern Falle haben wir Verbindlichkeiten aus den Verträgen, die nach der röm. Rechtslehre entweder Contracte, oder eigentlich sogenannte Verträge sind, welchen Unterschied ich zu seiner Zeit entwickeln werde. Im andern Falle kann diese erlaubte Handlung entweder in einem blos einseitig geschehenen, nicht acceptirten Versprechen bestehen, als welches in einigen Fällen durch die bürgerlichen Gesetze für vollkommen verbindlich erkläret wird, oder es kann dieselbe eine solche seyn, welche mit einem Contracte in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehet, und schon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Versprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringt. Im erstern Falle entstehet die Verbindlichkeit *ex voto et pollicitatione*. Im letztern Falle aber ist eine solche Verbindlichkeit vorhanden, welche in den römischen Gesetzen *obligatio quasi ex contractu*

ge-

genennet wird. Auf die nähere Entwickelung dieser Lehre von den *obligationibus, quae quasi ex contractu oriuntur*, kann ich mich hier noch nicht weiter einlassen, sondern diese werde ich erst in dem Titel de pactis vortragen. Zur Erläuterung mag einstweilen blos der Begriff von den Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* dienen, welchen niemand richtiger als Herr Prof. **Weber** bestimmt hat, wenn er S. 28 seines mehrgedachten klassischen Werks sagt, es sind Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geschlossen worden wäre. So z. B. erfordert die Verwaltung fremder Geschäfte der Regel nach einen Auftrag desjenigen, dessen Geschäfte betrieben werden. Allein wenn Jemand als Vormund zu einer Zeit, da ich noch nicht contrahiren, noch keinen Auftrag ertheilen konnte, mein Interesse wahrnimmt, wenn er, da ich abwesend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, sich meinen eigenen oder gemeinschaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet, so wollen die Gesetze, daß in allen diesen Fällen, wo die Partheyen wirklich in einem ähnlichen Verhältnisse, als mandans und mandatarius, oder als eigentliche socii stehen, eine eben solche Rechtsverbindlichkeit Statt finden soll, als ob ein wirklicher Auftrag ertheilt, oder eine wirkliche Societät errichtet worden wäre. Daher werden die nützliche Verwaltung frem-

fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals, die Führung einer Vormundschaft, und der Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten ausser dem Societätscontract als Quellen angesehen, woraus Verbindlichkeiten quasi ex contractu entstehen.

Wenn im Gegentheil Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen entstehen, so läßt sich wieder eine zweyfache Art solcher Handlungen gedenken. Sie sind nämlich entweder strafbare, oder nur widerrechtliche, nicht strafbare Handlungen. Von den unerlaubten Handlungen der letztern Art finden wir eine Menge von Beyspielen in unsern Gesetzbüchern aufgezeichnet, welche sämmtlich darinn übereinkommen, daß Jemand mit Vorsatz oder Fahrläßigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen oder unterlassen hat, weshalb er jedoch nur zum Ersatz des Schadens, welcher einem andern dadurch zugefügt worden, oder zur Leistung des Interesse, ausserdem aber zu keiner Strafe gehalten ist. Dahin gehört z. B. wenn man die Sache eines andern aus Gefährde zu besitzen aufhört, oder sich muthwillig auf eine Klage einläßt, als wenn man im Besitz der in Anspruch genommenen Sache wäre, da man sie doch nicht besitzt. Ferner wenn man einen aus Arglist zur Entsagung einer Erbschaft verleitet, einen unrechtmäßigen Arrest auf fremde Güter bewirkt, u. d. m. Sind aber unerlaubte Handlungen strafbar; so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen wahren Verbrechen, welche ihrem Urheber moralisch zugerechnet werden können, und solchen Handlungen, welche an sich zwar nicht erlaubt sind, jedoch entweder nach den Regeln der moralischen Imputation, oder doch wenigstens nach sonstigen Vorschriften des strengen Rechts diejenige

jenige Verbindlichkeit nicht geradezu hervorbringen würden, welche vermöge besonderer Verordnungen daraus entspringt, d. i. nach sonstigen Grundsätzen des strengen römischen Rechts demjenigen nicht geradezu zur Last gereichen würden, welcher nach besondern gesetzlichen Vorschriften aus Gründen des gemeinen Wohls und der natürlichen Billigkeit dafür haften muß. In jenem erstern Falle entstehen obligationes ex delictis; in dem letztern Falle aber obligationes quasi ex delicto [54]). Dahin rechnen z. B. die Gesetze die Verbindlichkeit eines Richters zur Schadensersetzung und Bezahlung einer willkührlichen Geldstrafe, wenn er aus Versehen und Unwissenheit einem streitenden Theile zu nahe gethan. Si iudex, sagt Gajus [55]), litem suam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet *per imprudentiam*, ideo videtur, *quasi ex maleficio*, teneri in factum actione. Nach den Grundsätzen des strengen Civilrechts konnte eigentlich nur vorsätzliche Partheylichkeit und grobe Unachtsamkeit einem Richter als ein Verbrechen angerechnet werden, weil er sein Amt nicht mercede conductus verrichtet, sondern, als Rechtsgelehrter, unstreitig eine artem liberalem ausübt [56]). Ein anderes Beyspiel, wo nach den römischen Rechten eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, giebt die Verbindlichkeit eines Hauswirths, den Schaden doppelt zu ersetzen, der durch unvorsichtiges Herunterschütten oder Herunterwerfen

54) Man sehe den Titel der Institutionen de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. Lib. IV. Tit. 5.

55) *L. 6. D. de extraord. cognit.*

56) Arg. *L. 1. D. si mensor falsum modum dixerit.*

sen seiner Hausleute oder Gäste auf die Strasse angerichtet worden ist. Der Wirth kann, moralisch betrachtet, ganz unschuldig seyn, er hat aber doch unstreitig ehender Gelegenheit, den wahren Thäter auszufinden, und an ihm seinen Regreß zu nehmen, als der Beschädigte. Grund genug zur Rechtfertigung einer zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen Legislation. Allein eben darum, weil der Beschädigte nicht verbunden ist, den Wirth oder Bewohner des Hauses als den Urheber der Handlung anzuklagen, heißt es in §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex delict. nascuntur:* ideo non *proprie* ex maleficio obligatus intelligitur, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur* [57]).

Dies sind die Begriffe von den Obligationibus ex delicto und quasi ex delicto im ächtem Sinne des Röm. Rechts genommen: welches ich darum erinnern muß, weil unsere heutigen Rechtslehrer andere Begriffe damit zu verbinden pflegen. Denn heut zu Tage nennt man eigentliche Verbrechen (vera delicta) solche, die mit Vorsatz verübt worden sind. Hingegen, die aus bloser Unachtsamkeit zu Schulden gebrachte Vergehungen werden von unsern heutigen Criminalisten nur quasi delicta genannt [58]). Die weitere Entwickelung gehört ins Criminalrecht.

Zum

57) Man vergleiche besonders des Hrn. Prof. Webers angef. Buch. §. 10—20. welcher daselbst die Begriffe von den obligationibus quasi ex delicto vortreflich erklärt, und von den gemeinen Irrthümern der Rechtslehrer gereiniget hat.

58) So lehren Böhmer, Engau, Meister, Quistorp, Koch und Püttmann in ihren Lehrbüchern der peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Zum Beschluß dieser Theorie von den Quellen der Verbindlichkeiten will ich nur noch bemerken, daß wenn in unsern Gesetzbüchern sehr oft gesagt wird, die Verbindlichkeit entstehe *ex re*. dieses von allen denjenigen Fällen zu verstehen sey, wo die Verbindlichkeit nicht von der Einwilligung des Schuldners, noch desjenigen abhängt, in dessen Gewalt oder Aufsicht er sich befindet. Dahin gehört einmal, wenn die Verbindlichkeit aus einem Verbrechen entsteht; denn so sagt **Justinian** [59]: omnes obligationes ex maleficio esse unius generis: nam omnes *ex re* nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto etc. Zweitens, wenn die Verbindlichkeit aus einem erlaubten Geschäft entspringt, aus welchem derjenige, welcher ohne sein Versprechen und Zusage daraus verpflichtet wird, reicher geworden ist. Z. B. wenn ich eines Pupillen negotia gerirt habe, und zwar so, daß sein Nutzen dadurch wirklich befördert worden ist, so ist derselbe verbunden, mir meine Kosten und Auslagen zu erstatten. Die Verbindlichkeit entspringt hier *ex re*, d. i. ex ipsa negotii natura, ne pupillus ex alieno ditescat, et cum damno meo fiat locupletior. Auf diese Art können also Rasende, Pupillen und andere Personen, die sich durch ihre Einwilligung nicht selbst verbinden können, dennoch *ex re* obligiret werden, wie **Paullus** [60]) sagt: Furiosus et pupillus, ubi *ex re* actio venit, obligantur, etiam sine curatore vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dede-

59) *pr. I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

60) *L. 46. D. de obligat. et action.*

dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur [61]).

§. 3.

Eintheilung der Verbindlichkeit in vollkommene und unvollkommene. Prüfung der Regel: „quod tibi non nocet etc. und Erläuterung der *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.* Vollkommenes und unvollkommenes Recht. Rechtmäßige Zwangsmittel, ersteres geltend zu machen.

Verbindlichkeiten sind ferner, wenn man auf die Wirkung derselben siehet, entweder vollkommene oder unvollkommene; je nachdem sie entweder so beschaffen sind, daß der Verpflichtete durch äussere Zwangsmittel zur Erfüllung derselben genöthiget werden darf, oder nicht [62]). Jene

61) Man sehe übrigens HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 20. §. 2.

62) Gegen diesen Begriff ist zwar vom Hrn. Prof. Schmalz in seinem Rechte der Natur 1. Th. welche das reine Naturrecht enthält (Königsberg 1795. 8.) S. 17. f. manches erinnert worden. Allein er läßt sich, wie Hr. Prof. Weber in seinem öfters angeführten klassischen Werke über die natürl. Verbindlichkeit §. 40. S. 109. sehr gründlich gezeigt hat, ganz wohl rechtfertigen, wenn man nur Zwang und Zwangsmittel hier nicht anders deutet, als es der rechtliche Sinn mit sich bringt. Nun aber ist freylich nicht jede Nöthigung des Willens von aussenher dasjenige, was der Redegebrauch im eigentlichen, zumal rechtlichen Verstande, durch Zwingen oder Zwangsmittel andeutet. Zwingen heißt vielmehr sich einer gewaltsamen Einschränkung der physischen Freyheit des andern als Mittel bedienen, ihn auch wider seine Neigung zu einem Entschlusse zu bestimmen. S. Eberhards Sittenlehre der Vernunft. Berlin 1786. S. 89.

Jene werden daher auch Zwangspflichten, diese hingegen Liebespflichten genennet [63]). Daß diese Eintheilung an sich gegründet sey, kann wohl nicht geläugnet werden, denn sonst müßte man behaupten, daß entweder alle Pflichten ohne Unterschied erzwingbar, oder daß alle ohne Unterschied unvollkommene wären, welches beydes gleich lächerlich seyn würde. Um nun aber richtig zu beurtheilen, welche Pflichten von der Art sind, daß deren Erfüllung erzwungen werden darf, so ist zwar vorzüglich darauf zu sehen, welche Pflichten das Vernunftrecht dafür erklärt, obwohl freylich diese Frage unter den Philosophen selbst nicht ganz ausser Streit ist [64]), allein wir dürfen doch auch in foro civili das Naturrecht hierinn nicht zum einzigen Bestimmungsgrunde annehmen. Denn es kann ohne Zweifel nicht nur durch positive Gesetze, sondern auch durch Verträge und letztere Willensverordnungen etwas in eine Zwangspflicht verwandelt werden, was an sich nur Liebespflicht ist. Unsere Gesetzbücher enthalten genug solcher Fälle, welche dieses ausser allen Zweifel setzen. Ist nicht zum Beyspiel die

63) Wenn Paulus in der *L.* 17. §. 3. *D. commod.* sagt, quod quaedam *voluntatis et officii* magis quam *necessitatis* sint, so zielt er unstreitig auf diesen Unterschied. Mehrere Spuren dieser Eintheilung finden wir in der *L.* 2. *D. de inoff. testam. L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 25. §. 11. *D. de heredit. petit.* u. a. m. O.

64) Die neuesten Schriften des Hrn. von Reinhards, Hrn. Geh. Tribunalsrath Höpfners, ferner Garvens und Kleins sind schon ohne mein Anführen bekannt genug; allein diesen verdient noch vorzüglich beygefügt zu werden, des Hrn. Prof. *Th. Ern. Aug.* MEHMEL Diss. historico-philos. de officiis perfectis et imperfectis. *Erlangae* 1795. 8.

die Pflicht, eines Unmündigen Vormund zu seyn, ausser dem Staate Liebespflicht; nach Römischen Rechten aber erzwingbare Schuldigkeit [65])? und legt nicht ferner das Römische Recht [66]) einem Ehemanne die vollkommene Verbindlichkeit auf, seine verstorbene Ehefrau, auch wenn sie kein Heyrathsgut eingebracht hat, auf seine Kosten beerdigen zu lassen? da doch die Pflicht der Beerdigung an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe ist. Zwar haben die bürgerlichen Gesetze, wenn sie Pflichten der Menschenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorschreiben, nicht immer eine Klage, sondern hin und wieder wegen des an sich unvollkommenen Rechts nur eine Einrede gestattet. Z. B. wenn eine Mutter oder Großmutter ihrer Tochter oder Enkelin ein Heyrathsgut gegeben hätte, welche dazu nicht vollkommen verbunden war, so soll doch die Liebesflicht an sich hier die Wirkung haben, daß wenn auch das Heyrathsgut nicht in der Absicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, sondern weil sie irrig glaubte, daß sie solches zu geben schuldig gewesen sey, bestellet worden, dennoch das Gegebene als Nichtschuld keinesweges zurückgefordert werden dürfe.

65) Daher ist die Tutel ein munus publicum, d. i. eine Beschwerde, eine Pflicht, die jeder Bürger, dem eine Vormundschaft aufgetragen wird, zum Besten des Staats übernehmen muß, wenn er nicht eine rechtmäßige Entschuldigung für sich anzuführen vermag.

66) *L.* 28. *D. de religios.* Zwar scheinen die Worte: *ne iniuria eius* (sc. mariti) *videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui*, eine nur unvollkommene Verbindlichkeit dem ersten Ansehen nach anzuzeigen, allein die vorhergehenden Worte, *maritum, in quantum facere potest, pro hos conveniri posse*, benehmen allen Zweifel.

dürfe [67]). Allein es fehlt auch nicht an solchen Fällen, da Liebespflicht an sich als klagbare Schuldigkeit ausdrücklich vorgeschrieben worden ist. Dahin gehört zum Beyspiel, daß der Vater seiner heyrathenden Tochter einen seinem Vermögen angemessenen Brautschatz mitgeben muß [68]; ferner daß Kinder ihre verarmten Eltern zu ernähren schuldig sind, und dergleichen mehr [69]. Es verstehet sich jedoch von selbst, daß dasjenige, was an sich nur Liebespflicht seyn würde, durch die bürgerlichen Gesetze wirklich vorgeschrieben seyn müsse, wenn es als Zwangspflicht zu behandeln seyn soll. Denn ein anderes ist freylich in den Fällen zu behaupten, wo auch die Civilgesetze eine Liebespflicht nur als solche erwähnen, oder empfehlen, nicht aber befehlsweise vorschreiben, wovon wir hin und wieder in den Gesetzen [70]) Beyspiele finden. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Bestimmung in den Gesetzen nicht angetroffen wird; so ist billig anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch seine Vorschriften eine vollkommene Verbindlichkeit aufzuerlegen die Absicht gehabt habe. Da es inzwischen doch immer nur Ausnahme von der Regel bleibt, wenn eine Liebespflicht an sich durch gesetzliche Vorschrift

67) *L.* 32. §. 2. *D. de condict. indeb.*

68) *L.* 19. *D. de ritu nuptiar. L. fin. Cod. de dotis promiss.*

69) Mehrere Beyspiele hat RICHTER in Diss. de obligatione imperfecta ex honestate iuris civilis auctoritate perfecta. Lips. 1751. Man sehe auch *Christ. Henr.* BREUNING Spec. de civili obligatione et actione ex praeceptis honestatis. Lipsiae 1768.

70) S. *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 12. *et L.* 13. §. 2. *D. de administr. tutor.*

schrift in Zwangspflicht übergehet, so leitet uns die Natur der Sache auf folgende zwey Grundsätze, welche der Richter billig nie ausser Acht zu lassen hat.

I. Was an sich nur Liebespflicht seyn würde, gehört nur lediglich in den besondern Fällen, welche die Gesetze ausdrücklich bestimmt haben, vor das äussere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Grentzen nicht überschreiten, welche der römische Rechtsgelehrte Paulus ihm vorzeichnet [71]): etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio est. Es muß daher

II. bey Anwendung der bürgerlichen Gesetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an sich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältnisse, welche die gesetzliche Sanction im Allgemeinen dabey voraussetzet, insbesondere aber auf die Art der Wirkung, welche solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beygelegt ist, genaue Rücksicht genommen, und keine weitere Ausdehnung gestattet werden. Diesen Grundsätzen zu Folge lässet sich daher mit Grunde nicht behaupten, daß der Vater, um eines der obigen Beyspiele hier zur Erläuterung wieder zu gebrauchen, auch alsdann schuldig sey, seiner heyrathenden Tochter aus seinem Vermögen einen Brautschatz mitzugeben, wenn jene zulängliche eigne Mittel besitzet. Eben daraus folgt auch, daß in den Fällen, wo die Gesetze wegen Verbindlichkeiten dieser Art nur eine Einrede gestattet haben, der gerichtliche Effect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter erstrecket werden dürfe [72]). So evident nun auch immer diese Grundsätze sind,

71) *L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor.*

72) Man vergleiche hierbey vorzüglich des Hrn. Prof. Webers mehrmals gerühmtes Werk von der natürlichen Verbindlichkeit 7. Abschnitt §. 99. ff. insonderheit S. 474. ff.

sind, so lehrt es dennoch die Erfahrung, wie häufig man auch noch heut zu Tage dagegen anzustossen pflegt, ja eine Menge hin und wieder herrschender Irrthümer ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundsätze gerade in den Streitigkeiten, welche sofort ihre Entscheidung daraus hernehmen, fast gänzlich ausser Acht gelassen hat. Zu der Menge von Unvorsichtigkeiten, welche in dieser Hinsicht auch noch von den neuesten und angesehensten Rechtslehrern begangen werden, zähle ich besonders den Mißbrauch, den man mit der fast allgemein angenommenen Regel, quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, insgemein zu machen pflegt. Ich entsinne mich noch gar wohl, diese vermeintliche Rechtsregel oft in den wichtigsten Rechtsfällen als Entscheidungsgrund gelesen zu haben. Allein untersuchen wir den Grund derselben genauer, so dürfte sie in den Gesetzen wohl schwerlich anzutreffen seyn. Was sie wirklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden, sind die Worte des Röm. Juristen **Paulus**, welcher *lib.* 49. *ad Edict.* sagt [73]): Opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodesse potest*, *ipsi vero nihil nociturus est:* haec a e q u i t a s suggerit, etsi iure deficiamur. Allein man untersuche nur den Fall, worauf sich diese Worte eigentlich beziehen, so wird man leicht finden, daß jene Regel, so wie sie gewöhnlich lautet, in gedachter Stelle wirklich gar nicht vorgetragen wird. Den besondern Fall des Gesetzes selbst ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle ganz genau. Aggerem, qui

 in

73) *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae arcendae.*

in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, *ut aqua pluvia mihi noceret.* Hieraus siehet man, daß ich darum berechtiget seyn soll, auf meines Nachbars Grundstück einen Damm, den die Gewalt des Wassers weggerissen hatte, wieder herzustellen, weil es mir zum offenbaren Nachtheil gereichen würde, wenn die Herstellung unterbliebe; und dieses soll mein Nachbar um so mehr zu leiden schuldig seyn, da ihm die Herstellung des Dammes ganz unschädlich ist. Die Worte *prodesse potest* deuten daher in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewisse Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewendet werden soll. Nicht aber werde ich dadurch berechtiget, blos zu meinem Vortheil über das Eigenthum meines Nachbarn zu disponiren, gesetzt auch, daß er durch meine Unternehmungen auf dem Seinigen nicht den mindesten Schaden litte. Und wo bleibt nun der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id poteris compelli? Werden hierdurch nicht offenbare Mißbräuche und Eingriffe in die Freyheit und Rechte des Privateigenthums der Bürger unter dem Deckmantel der Gesetze beschöniget, welche die Gesetze selbst doch gar nicht gestatten? Ferner harmonirt auch jene Regel mit ihrer Quelle darum nicht, weil nach dem Inhalt der obgedachten Gesetzstelle der Eigenthümer in dem Seinigen nur etwas zulassen soll, nach der Fassung der daraus gezogenen Regel hingegen für schuldig erkläret wird, dasjenige, was ihm unschädlich ist, einem andern zu leisten; der sehr unbestimmte Zusatz: *ad id poteris compelli*, schließt wenigstens diese Erklärung auf keine Weise aus. Wollte man nun statt der bisherigen Regel eine andere eintreten lassen, so würde folgende Abänderung:

was

was mir nöthig ist, um einen Schaden von meinem Eigenthume abzuwenden, dir aber unschädlich ist, das bist du zu leiden schuldig, wenn ich auch gleich deshalb auf deinem Grunde und Boden etwas unternehmen müßte, zwar dem Sinne gedachter Gesetzstelle angemessener seyn. Allein ich zweifle dennoch sehr, ob auch diese Regel nach der Absicht des Gesetzes als allgemeine Vorschrift gelten könne. Denn auch dann lässet sich noch nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal schuldig sey, etwas auf seinem Grunde und Boden zu leiden, wenn es ihm gleich unschädlich ist, sondern es beschränkt sich alles auf die besondern Fälle, wo die Gesetze es namentlich vorgeschrieben, und dem Eigenthümer diese Verbindlichkeit auferlegt haben; denn nicht aus der Acht zu lassen ist der allerdings merkwürdige Umstand, daß mich jenes Gesetz nur berechtiget, ein schon dagewesenes Werk, welches durch die Gewalt des Wassers war weggerissen worden, auf meines Nachbars Grundstücke wieder herzustellen, wodurch ihm auf keine Weise geschadet wurde [74]). Dieses mag zur Erläuterung der Eintheilung der Verbindlichkeit in die vollkommene und unvollkommene nach positiven Gesetzen genügen. So wie nun die Verbindlichkeit entweder eine vollkommene oder unvollkommene seyn kann, so ist nun auch das Recht selbst, für Be-

 fugniß

74) Ich darf nicht unbemerkt lassen, daß ich bey Erklärung gedachter *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.* von den eleganten Bemerkungen des Hrn. Prof. Webers a. a. O. S. 105. f. vorzüglich Gebrauch gemacht habe. Man vergleiche jedoch hierbey auch *Em.* MERILLII Variant. ex *Cujacio.* Lib. III. cap. 39.

fugniß genommen, entweder ein vollkommenes oder unvollkommenes; je nachdem es entweder so beschaffen ist, daß wider denjenigen, welcher unserer Befugniß entgegen handelt, bey Ausübung derselben rechtmäßige Zwangsmittel gebraucht werden können, oder nicht. Die Zwangsmittel, wodurch man ein vollkommenes Recht auf eine erlaubte Art verfolgen und geltend machen kann, sind entweder aussergerichtliche oder gerichtliche. Zu den Zwangsmitteln der erstern Art gehört vorzüglich die privat Gewalt, welche in den Fällen, in welchen die Gesetze solche zulassen, in sofern sie innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grentzen ausgeübt wird, als ein erlaubtes Zwangsmittel auch selbst im Staate gebraucht werden kann [75]); denn wenn gleich in der Regel die Selbsthülfe in einer ordentlich eingerichteten bürgerlichen Gesellschaft unerlaubt ist, weil sie dem ersten Endzweck derselben, nämlich der innern Sicherheit und Ordnung, zuwider läuft, so erlauben dennoch die bürgerlichen Gesetze selbst in gewissen ausgenommenen Fällen die eigenthätige Gewalt, und berechtigen mich sogar meinen Gegner, der mich unvermuthet auf eine unrechtmäßige und gefahrvolle Art anfällt, mir mein Leben, oder Gesundheit, oder Ehre, oder meine Güter zu rauben, wenn ich die gedrohete Gefahr anders nicht, als mit der Tödtung des Anfallenden, von mir abzuwenden im Stande bin, zu entleiben, welches man die Nothwehr (defensio necessaria, moderamen inculpatae tutelae)

75) Siehe besonders Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Theil. 1. Hauptst. §. 2. u. ff. Von den Fällen, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, wird in der Folge §. 183. gehandelt.

telae) nennt [76]). Gleichwie jedoch der eignen Gewalt auch selbst in den zugelassenen Fällen der Weg der gerichtlichen Hülfe immer vorzuziehen [77]) ist, indem auch selbst die Gesetze jene nur in der Rücksicht zulassen, weil der Richter nicht immer sogleich bey der Hand ist, und ohne Selbsthülfe ein unwiederbringlicher Schade geschehen würde, so sind nun die gerichtlichen Zwangsmittel, sein Recht geltend zu machen, Klage und Einrede, wovon die Begriffe §. 271. entwickelt werden sollen.

§. 4.

Begriff vom Gesetz. Verschiedene Bedeutung des Worts *Lex*: Nöthige Unterscheidung des Dispositiven von dem Enunciativen in den Worten unserer Gesetze. Vollkommenes und unvollkommenes Gesetz.

Wir irren nicht, wenn wir den Grund aller Verbindlichkeit auf Gesetze zurückführen, und selbst diejenigen, welche diese Behauptung unrichtig finden wollen [78]), werden uns Recht geben, wenn wir uns über den Begriff, den wir

76) *L.* 3. *D. de Iust. et iur.* *L.* 45. §. 4. *D. ad L. Aquil.* *L.* 1. §. 27. *D. de vi.* *L.* 1. *C. unde vi.* *Art.* 140. u. f. C. C. C. Vid. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Diss. de moderatione inculpatae tutelae. Lipsiae 1783.

77) Schon Cicero sagt daher de Offic. I. c. 11. Nam cum sint duo genera decertandi; unum per disceptationem, alterum per vim; cumque illud sit proprium hominis, hoc belluarum: confugiendum est ad posterius, si uti non licet superiore.

78) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 17. Allein man vergleiche Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 2. S. 7.

mit einem Gesetze verbinden, mit einander gehörig verständiget haben.

Das Wort Gesetz hat freylich mehrere Bedeutungen. Hier nehmen wir es aber in der allgemeinen Bedeutung, wenn wir das Gesetz als die Quelle aller Verbindlichkeit ansehen, und gedenken uns darunter überhaupt eine Vorschrift, welche unsern freyen Handlungen zur Norm dient [79]); in welcher Bedeutung es sowohl das natürliche, als das positive Recht in sich schließt. Ich muß hierbey bemerken, daß das lateinische Wort *Lex* nicht immer durch Gesetz übersetzt werden kann. Die Bedeutung dieses Worts ist in der römischen Rechtssprache sehr verschieden. Denn 1) wird es für einen Vertrag oder Contract genommen; z. B. comprehensum est *lege venditionis*, *lege locationis* [80]). So wird ferner derjenige Vertrag, wodurch jemand auf den Fall, wenn er seine Schuldigkeit auf die gehörige Art nicht erfüllen würde, sich verwillkühret, daß er sodann gewisser Ansprüche oder Befugnisse verlustig seyn, und einem andern eine gewisse Verbindlichkeit, die ihm sonst obgelegen haben würde, erlassen haben wolle, *lex commissoria*, der commissorische Vertrag, genennt. Man setze, daß ein Kauf sub lege commissoria sey geschlossen worden; hält nun der Käufer nicht mit der Bezahlung inne, so verliehrt er sein Recht aus dem Kaufcontract, und der Verkäufer ist an den Handel

79) SENECA de benef. Lib. IV. c. 12. Legem *dicimus iusti iniustique regulam esse:* und CICERO de Nat. Deor. Lib. II. sagt: Lex *est recti praeceptio pravique depulsio.*

80) *L. 60. D. de contr. emt. vend. L. 77. D. pro socio.*

del nicht mehr gebunden [81]). 2) Bedeutet *Lex* auch soviel als eine Bedingung, unter welcher etwas geschiehet, oder geschehen ist; z. B. Ea lege *fundum locavi*, ut etc. sagt *L.* 51. *D. locati.* Es kann aber auch soviel als Bestimmung oder Modification eines Handels heissen. Bekannt ist der juristische Satz, *pacta dant legem contractui* [82]), d. i. die Verträge, welche sogleich bey Schliessung eines Contracts gemacht werden, geben dem Contracte eine gewisse Bestimmung oder Modification. 3) Wird in unsern Gesetzen unter *Lex* auch zuweilen ein Testament verstanden; wir wollen zum Beweis nur die *L. ult. D. de suis et legitimis* anführen, wo **Papinian** mit den Worten schließt: *privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri;* das heißt, wie es **Galvanus** [83]) richtig erklärt hat, privat Verträge haben nicht die Kraft der Testamente, daß durch selbige jemandem eine Erbschaft entweder hinterlassen, oder entzogen werden könnte. Eben hieraus erklärt sich auch der Ausdruck *legare*, wenn er von letztern Willensverordnungen genommen wird. Z. B. *Paterfamilias uti legassit suae rei, ita ius esto* [84]), wo legare suae rei soviel heißt als *legem dicere rebus suis* oder über sein Vermögen testiren; denn es mußte ehemals das Testament per verba imperativa, befehlsweise, wie ein Gesetz, abgefaßt werden. 4) Hieß *Lex* bey den Römern zur Zeit des Freystaats der Vorschlag zu einem Gesetze.

Zu

81) S. Tit. D. *de lege commissoria* Lib. XVIII. Tit. 3.

82) *L.* 7. *§.* 5. *D. de pactis.*

83) de Usufructu Cap. 20. pag. 219. nach der neuesten Tübinger Ausgabe von 1788.

84) *L.* 120. *D. de Verb. signific.*

Zu den Zeiten der Könige und der freyen Republik wurden nämlich die Gesetze mit Beystimmung der Nation auf den Comitien gemacht, und der König, oder eine römische Magistratsperson, die hierzu autorisirt war, that den Vorschlag dazu, dieses nennte man *legem ferre ad populum*, einen Vorschlag zu einem Gesetze thun [85]); genehmigte das Volk den Vorschlag durch seine Stimmen, so hieß das: *lex iubetur*, verwarf es hingegen denselben, so sagte man: *lex antiquatur*, das Volk will es bey dem Alten lassen [86]). Insofern aber unter dem Worte *Lex* ein Gesetz verstanden wird, so sind *Leges* überhaupt, wie Papinian sagt [87]), allgemeine auf Vernunft und Erfahrung gegründete Regeln, welche vom Staate zur Bestimmung

85) *L. 2. §. 2. D. de Or. Iur.*

86) ERNESTI in Clavi Ciceron. sowohl zu Anfang des *Indicis Legum* als sub. voc. *Lex*.

87) *L. 1. D. de Legib.* LEX est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, *communis Reipublicae sponsio.* Daß dieser Begriff sich nicht blos auf die Zeiten des Röm. Freystaats einschränkt, sondern auch von den Zeiten der Kaiser wohl verstanden werden kann, hat auch schon POTHIER in Pandectis Iustinianeis Tom. I. Tit. de Legibus Sect. I. Art. I. §. 2. not. c. bemerkt, wo er sagt: *Possunt etiam haec postrema verba aptari ad Principum placita, quae vim suam habent ex communi Reipublicae sponsione, qua cives, cum principem elegerunt, ei et his, quae iuberet, subesse spopondisse intelliguntur.* Wenn hingegen im §. 4. *I. de Iur. nat. gent. et civ.* gesagt wird: LEX est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, (veluti Consule) constituebat; so beziehet sich diese Erklärung blos auf die Centuriatgesetze der Römer.

mung der in der bürgerlichen Gesellschaft zu beobachtenden Pflichten, und Verhütung aller aus Bosheit oder Unvorsichtigkeit entstehenden Beleidigungen und Verbrechen sind festgesetzt worden. Wenn wir hingegen vom Gesetze im eigentlichen Verstande reden, so ist darunter die Vorschrift eines Regenten zu verstehen, nach welcher seine Unterthanen ihre freyen Handlungen einzurichten vollkommen verbunden sind. In diesem Verstande nimmt es unser Verfasser. Nun liesse sich zwar dagegen einwenden, daß es auch Permissivgesetze giebt, denn nach dem Ausspruche des Modestins in der *L. 7. D. de legibus*, befehlen und verbieten die Gesetze nicht immer, sondern sie erlauben auch; z. B. die Gesetze erlauben dem Vater, seinen unmündigen Kindern Kraft seiner väterlichen Gewalt in seinem Testamente einen Vormund zu ernennen, ihnen pupillariter zu substituiren. Allein der Autor wird in der Folge §. 14. diesem Zweifel selbst begegnen. Die Entwickelung dieses Begriffs führt uns auf folgende Wahrheiten.

I) Gesetze werden von dem Regenten gegeben, der die gesetzgebende Gewalt hat. Da es nun nach dem Unterschiede der Gesellschaften mancherley Regenten und Gesetzgeber giebt, so entstehen daher verschiedene Gattungen der Gesetze. Es giebt nämlich Gesetze, welche von dem Regenten des Staats herrühren, und andere, welche von dem Regenten der Kirche gegeben worden sind. Erstere werden bürgerliche Gesetze (leges civiles), letztere hingegen Kirchengesetze (leges ecclesiasticae) genennt.

II) Ein Gesetz in der angegebenen eigentlichen Bedeutung enthält den Willen eines Oberherrn; es unterschei-

det

det sich also hierdurch ein Gesetz von einem blosen Vertrage, bey welchem die Verbindlichkeit, denselben zu erfüllen, aus der geschehenen Annehmung des Versprechens entsteht.

III) Ein jedes Gesetz ist als eine Regel zu betrachten, wornach die Bürger des Staats, für welche das Gesetz gegeben worden, ihre freyen Handlungen einzurichten vollkommen verbunden sind. Es muß also auch der Gesetzgeber seinen Willen auf eine solche Art erklärt haben, daß er für die Unterthanen desselben verbindlich seyn kann. Man untersuche daher bey jedem Gesetze genau, ob die Worte desselben wirklich eine verbindliche Regel und Vorschrift für die freyen Handlungen der Staatsbürger enthalten, und also verba dispositiva sind, oder ob sie nur verba enunciativa sind. Eine Bemerkung, die bey Anwendung der in Teutschland aufgenommenen fremden, besonders der römischen Gesetze, von größter Wichtigkeit ist. Man pflegt zwar abusive alle einzelne Stellen in unserm römischen Gesetzbuche leges zu nennen, allein, daß unser Corpus iuris nicht wenig in sich fasse, welches den Namen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdienet, ist eine bekannte Wahrheit [88]). So finden wir 1) in demselben eine nicht geringe Anzahl solcher Stellen, oder daß ich den einmal üblichen Ausdruck beybehalte, solcher Legum, in welchen nur blos angerathen wird, etwas zu thun, oder zu unterlassen, ohne jedoch eine vollkommene Verbindlichkeit aufzuerlegen, dieses in Ausübung zu bringen, (suasiones legis).

88) Man vergleiche hier besonders des Hrn. Prof. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. Rechts. (Schwerin, Wismar und Büzow 1782. 8.) S. 31. fg.

gis)[89]). So rathet z. B. die angeführte *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et commodo rei vend.* daß man sein Recht nicht auf das strengste verfolgen solle, wenn es auf Unbilligkeit hinausliefe; allein noch treffendere Beyspiele geben die *L.* 34. *D. de Legib. L.* 24. *D. de Rei Vind.* und §. 7. *I. de Verb. obligat.* In der ersten Stelle wird der Rath gegeben, wie man den Beweis einer streitigen Gewohnheit, worauf man sich gegründet, am leichtesten führen könne; man soll sich nämlich erkundigen, ob etwa schon sonst nach dieser Gewohnheit, gegentheiligen Widerspruchs ohngeachtet, in den Gerichten gesprochen, und rechtskräftig erkannt worden sey; so müssen, deucht mir, die Worte: *an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit*, verstanden werden, wie ich an einem andern Orte ausführlicher zeigen werde[90]). In der andern Stelle wird gerathen, daß man, ehe man seine Sache vindicirt, versuchen solle, ob man nicht etwa durch ein Interdict zum Besitz derselben gelangen könne: quia longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. In der dritten Stelle endlich wird den Contrahenten die Cautel empfohlen, sich eine Conventionalstrafe auszubedingen, wenn der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllen würde; ne necesse sit actori probare, quid eius intersit. Ich übergehe mehrere dergleichen, in den römischen Gesetzsammlungen vorkommende sogenannte leges suasorias. Daß nun diese keine eigentliche und verbindende Gesetze sind, ist aus den obigen Grundsätzen

89) Von den Suasionibus legum handelt *Ge. Steph.* WIESAND in Opusculis. (Leipzig 1782. 8.) p. 13. sqq.

90) S. Tit. de Legib. SCtis et longa consuetud. §. 86.

sätzen evident, auch schon sonst bekannt, quod consilium non obliget [91]). Wir finden ferner 2) in den römischen Gesetzen häufige Commendationes legum, besonders hat es Justinian nicht fehlen lassen, in seinen sehr wortreichen Constitutionen Bewegungsgründe zu häufen, wodurch er seine Gesetze von Seiten des Nutzens und der Nothwendigkeit bey seinen Unterthanen zu empfehlen gesucht hat. Es kommen nicht weniger 3) in unserm Corpus Juris auch viele dogmatische Sätze vor; besonders finden sich diese in den Institutionen und Pandecten des K. Justinians sehr häufig. Man darf sich hierüber gar nicht wundern, wenn man bedenkt, daß wir unser römisches Corpus iuris aus einem doppelten Gesichtspuncte zu betrachten haben. Es ist einmal ein Gesetzbuch; es enthält aber auch zweytens ein System der ganzen Jurisprudenz, so wie sie zu den Zeiten des Kaiser Justinians ausgebildet war; bestehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Cautelen u. s. w. Kurz ein zum wissenschaftlichen Unterricht nach damaliger Zeit aptirtes Lehrgebäude der Rechtsgelahrtheit. Daß uns nun die in dem römischen Rechtskörper so häufig vorkommende dogmatischen Sätze nicht als Gesetze verbinden können, hat keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß der Wille eines Gesetzgebers blos den äusserlichen freyen Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen könne; unser Verstand und Ueberzeugung hingegen seiner Disposition nicht unterworfen sey [92]). Die Lehre von dem Erwerb des Eigenthums giebt uns ein merkwürdiges Beyspiel zur Erläuterung. Insofern die bür-

91) *L. 47. D. de R. I.*

92) S. Webers Reflexionen a. a. O. S. 35. f.

bürgerlichen Gesetze hier befehlsweise festsetzen, daß durch einen blosen Vertrag das Eigenthum einer Sache nicht übertragen werde, sondern die Tradition hierzu erforderlich sey, in sofern verbinden sie uns, als einmal recipirte Gesetze, unstreitig. Wenn uns aber die römischen Gesetzgeber lehren wollen, daß die Traditio ein eigentlicher modus acquirendi naturalis sey, so können sie uns hierinn nicht nöthigen, unsere Vernunft unter den Gehorsam des römischen Rechtssystems gefangen zu geben; denn nach der gesunden Vernunft ist kein Grund abzusehen, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern schon genügen sollte; daß hierzu noch besonders die Uebergabe nöthig sey, ist eine blose Satzung der Civilgesetze, also ohne Zweifel, daß die Traditio an sich betrachtet, ein wahrer modus acquirendi civilis sey. Hiermit erklärt sich nun der Satz unsers Verfassers: not. e. *lex differt a dogmate.* Wir müssen ferner 4) von der gesetzlichen Disposition die in einem Gesetze oft vorkommenden historischen Umstände von der Veranlassung desselben, ferner die darinn unterweilen angeführte rationem legis, nicht weniger die in demselben hin und wieder vorgetragene Meinungen der Rechtsgelehrten, die durchs Gesetz entschieden worden sind, und andere dergleichen propositiones assertivas, wodurch blos angezeiget wird, daß dieses oder jenes sey, welche aber keine gesetzliche Vorschrift enthalten, wohl unterscheiden. Das römisch Justinianeische Gesetzbuch liefert uns unzählige Beyspiele davon. Es war besonders den römischen Gesetzgebern eigen, die Historie der Legislation mit der Sanction des Gesetzes zu verbinden; Beyspiele davon geben das *Senatusconsultum Iuventianum* L. 20. §. 6. D. de heredit. petit.

Sctum Macedonianum L. 1. pr. D. de Scto Maced. das *Sctum Vellejanum* L. 2. §. 1. D. ad Sctum Velleianum; *Lex Anastasiana* L. 20. C. mandati u. a. m. Daß diese historische Umstände zur Erklärung der im Gesetz enthaltenen Sanction dienen können, ist gewiß, doch ist auch hierinn Behutsamkeit nöthig, damit wir nicht wider die Absicht des Gesetzgebers das Gesetz enger einschränken, als die Worte desselben bezeichnen. Denn es ist im römischen Rechte nichts ungewöhnliches, daß allgemeine Verordnungen durch einzelne besondere Vorfälle sind veranlasset worden. So ist es z. Beyspiel ein offenbarer Irrthum, wenn man die Anordnung des Anastasianischen Gesetzes nur auf die Abtretung ungewisser Schuldforderungen aus dem Grunde einschränken will, weil der Imperator im Eingange des Gesetzes gleichsam historisch anführt, daß ungezweifelte Forderungen selten auf diese Art verkauft, sondern diejenigen, denen sie zustünden, ihr Recht lieber selbst verfolgen würden. Denn die Sanction selbst, die deutlich und kategorisch abgefaßt ist, macht zwischen gewissen und ungewissen Forderungen keinen Unterschied [93]). Eben diese Behutsamkeit ist nöthig, wenn wir ein Gesetz aus der unterweilen darinn vom Gesetzgeber selbst angeführten ratione legis interpretiren wollen. Denn die Gesetzgeber haben uns nicht immer die wahren Ursachen ihrer Legislation angegeben. Ich werde in der Folge bey der Lehre von der Logischen Interpretation über diesen wichtigen Gegenstand mich umständlicher erklären. Hier muß ich aber noch bemerken, daß wir dieselbe Behutsamkeit auch nöthig haben, wenn in einem Gesetz die Meinun-

93) S. die gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. IV. Band. Nr. XII. §. 139.

nungen mehrerer Rechtsgelehrten angeführet werden, um nicht die legale Meinung mit der doctrinellen zu verwechseln. Es wird diese Bemerkung besonders bey den legibus Pandectarum ihre Anwendung finden. Die röm. Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten zusammengetragen worden sind, pflegen neben ihrer eigenen Meinung über diese oder jene Rechtsfrage nicht selten das Gutachten anderer Juristen, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun in solcher Verschiedenheit der Ausspruch desjenigen Rechtsgelehrten den Vorzug verdiene, dessen Namen die Ueberschrift des Gesetzes bezeichnet, leidet gar keinen Zweifel, weil seine Meinung durch die Aufnahme in das Korpus der Pandecten legale Auctorität erlangt hat. Bisweilen ist es freylich schwer, die legale Meinung von der bloßen Lehrmeinung zu unterscheiden; daher man sich nicht wundern darf, wenn hin und wieder hieraus erhebliche Irrthümer entstanden sind. Beispiele davon geben *L.* 7. §. 10. *D. de minorib.* und *L.* 11. §. 18. *D. de Act. emti vend.* deren Inhalt ich zu seiner Zeit näher entwickeln werde [94].

Ein Gesetz in der oben angeführten allgemeinen Bedeutung kann entweder *lex perfecta* oder *imperfecta* seyn, je nachdem es entweder eine vollkommene oder unvollkommene Verbindlichkeit ausdruckt. In einer andern Bedeutung unterscheiden die Fragmenta iuris Antejuſtinianei [95] *legem*

 per-

94) S. des Herrn Prof. Webers oben angeführte Reflexionen §. 8.

95) ULPIANUS in Fragm. Tit. 1. §. 1. et 2. *Ant.* SCHULTING ad Eundem in not. 3. et ſqq. *Iurispr. vet. Antejuſt.* p. 561. ſqq. et VOET ad Pand. Tit. de Legib. §. 16.

perfectam, *imperfectam*, und *minus quam perfectam* von einander. Ein Gesetz der ersten Art war ein solches, welches etwas verbot, so daß die gegen das Verbot unternommene Handlung für nichtig gehalten werden sollte. Ein Gesetz der andern Art wurde dasjenige genennt, welches etwas zwar verbot, aber, wenn es einmahl geschehen, solches nicht für null erklärte, auch keine Strafe darauf setzte. Ein solches Gesetz war die Lex Cincia, in welcher unter andern verboten war, über eine gewisse Summe zu schenken. Dem Donator stand in solchem Falle nur die actio rescissoria zu, wodurch er dasjenige wieder bekommen konnte, was er über die gesetzliche Maaße dem andern geschenkt hatte [96]. Hatte er die Schenkung noch nicht vollzogen, so konnte er sich in Ansehung dessen, was die gesetzlich bestimmte Summe überstieg, mit einer Exception schützen [97]. Ein Gesetz endlich von der dritten Art hieß dasjenige, welches eine Handlung zwar verbot, solche aber, wenn sie einmahl unternommen worden, nicht vernichtete, sondern nur eine Strafe darauf setzte. Hierher gehörte die Lex Furia testamentaria, welche verbot, niemanden mehr als 1000. Asses zu vermachen, und dem Legatar, welcher mehr nahm, mit der poena quadrupli bestrafte.

§. 5.

96) *L. 21. §. 1. D. de donat.*

97) *L. 24. D. de donat. L. 5. §. 2. et 5. D. de doli mali et met. except.* S. BRUMMER ad L. Cinciam C. III. Mehrere Beyspiele solcher Legum imperfectarum findet man beym NOODT in Commentar. ad Digesta. Tit. de religiosis. Tom. II. *Oper.* p. 268. (edit. Belgicae 1735. fol.)

§. 5.

Mittel, die Befolgung der Gesetze bey den Unterthanen zu bewirken.

Es ist wohl nicht nöthig, noch erst zu erinnern, daß man nicht Gesetze giebt, um Gesetze zu geben, sondern um das Beste des Staats entweder durch Erlangung eines gewissen Gutes oder durch Abwendung eines gewissen Uebels zu bewirken. Wenigstens haben alle Gesetze diese Vermuthung für sich, daß sie in keiner andern Absicht sind gegeben worden [98]). Das höchste Wohl des Staats bestehet also in der genauesten Beobachtung der Gesetze. Sind nun gleich Unterthanen in dieser Rücksicht schon an sich verpflichtet, den Gesetzen ihres Oberherrn Folge zu leisten, und ihre Handlungen denselben gemäß einzurichten, so stehet es doch dem Gesetzgeber zu, zweckmäsige Mittel zu gebrauchen, und dadurch die Beobachtung seiner Gesetze desto gewisser und unausbleiblicher zu machen [99]). Diese Mittel werden desto wirksamer seyn, je mehr sie der Versuchung, die Gesetze zu über-

98) Vortreflich sagt daher CICERO in Orat. pro A. Cluentio cap. 53. Mens, et animus, et consilium, et sententia civitatis, posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente: sic civitas sine lege, suis partibus ut nervis, ac sanguine et membris, uti non potest.

99) Von den Mitteln, wodurch die Heiligkeit der Gesetze gesichert wird, handeln sehr ausführlich Gustav Bernh. Becmann in Diss. de aequitate privilegii odiosi et potestate imperantis circa illud. Goettingae 1750. §. 8. u. folg. und besonders Dr. Christ. Daniel Erhard in dem Versuch über das Ansehen der Gesetze, und die Mittel, ihnen solches zu verschaffen und zu erhalten. Dresden 1791. 8.

übertreten, in den Gemüthern der Unterthanen ein Gegengewicht zu geben vermögend sind. Gleichwie nun die Vorstellung des Guten und Bösen, welches eine Handlung zur Folge haben kann, allerdings ein starkes Motiv giebt, wodurch wir zur Begehung oder Unterlassung einer solchen Handlung bestimmet werden, so pflegen nun entweder Verheissung gewisser Belohnungen oder Androhung und Zufügung gewisser Uebel die beyden Mittel zu seyn, wodurch Gesetzgeber ihren Anordnungen Ansehen und Unverbrüchlichkeit zu geben suchen [100]). Daher

100) Die alten griechischen und römischen Gesetzgeber suchten ihren Gesetzen insonderheit dadurch eine größere Heiligkeit zu geben, daß sie solche der Eingebung einer gewissen Gottheit zuschrieben. Bekannt sind die Täuschungen eines Solons, Zaleucus, Numa Pompilius und anderer mehr. S. *Io. Sal.* BRUNQUELII Prolus. Acad. de variis veterum legibus suis sanctitatem auctoritatemque conciliandi modis. Ienae 1729. Allein heut zu Tage ist man überzeugt, daß die Sorge für die Bildung, gute Erziehung und den Wohlstand der Staatsbürger ein weit zweckmäßigeres und wirksameres Mittel sey. Die Bildung setzt uns erst in den Stand, unsere vollkommene Pflicht, niemanden zu verletzen, und die Wichtigkeit ihrer Erfüllung selbst zu erkennen, und führt uns auf solche Bewegungsgründe der Religion, Moral und Politik, die einen stärkern und allgemeinern Eindruck machen, als die strafende Gewalt. Man sehe Erhard in dem angef. Versuch Kap. 3. Ferner Eberhard über Staatsverfassungen und ihre Verbesserung. Berlin 1793. Vorles. 18. auch die Abhandlung eines Ungenannten über das Verhältniß der Schulen zum Staate, in dem philosophischen Journal für Moralität, Religion und Menschenwohl von Schmid und Snell. Giessen 1793. B. 1. H. 1. S. 108. und die Uebersetzung des Buchs: Guter Rath an die Völker Europens

her sagt **Ulpian** in dieser Hinsicht richtig, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum exhortatione effici [1]). Ob nun gleich die Beyspiele solcher Gesetze nicht unbekannt sind, in welchen die Gesetzgeber durch verheissene Belohnungen ihre Unterthanen zur Befolgung derselben zu ermuntern gesucht haben, man denke z. B. an die Legem Iuliam et Papiam Poppaeam; so ist doch solches eines Theils nur alsdann geschehen, wenn den Gesetzgebern daran gelegen war, eine an sich unvollkommene Pflicht aus gewissen Staatsabsichten bey ihren Unterthanen mehr in Ausübung zu bringen, und es ihnen nicht wohl schicklich zu seyn schien, die Erfüllung derselben schlechterdings aufzuerlegen; andern Theils aber ist auch jenes Mittel, welches **Ulpian** in exhortatione praemiorum setzet, darum nicht zweckmäsig genug, weil es dem Staate zu kostbar fällt, und überdies nach der verschiedenen Denkungsart der Menschen auch nicht immer wirksam ist. Es bleibt daher

pens bey der Nothwendigkeit die Regierungsgrundsätze überall zu verändern. London 1792. Kap. 4. Durch Beförderung der Bildung der Staatsbürger zum allgemeinen Zweck, ferner durch Begünstigung der Künste, des Handels und der Gewerbe werden auch die Quellen verstopft, und die Gelegenheiten entfernt, woraus Beleidigungen entstehen. Zu jenen gehört besonders Aberglaube, Mangel an Lebensunterhalt, und Unsittlichkeit, wodurch die mehresten Verbrechen von jeher veranlaßt worden sind; wie die in Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelahrtheit in den Preuß. Staaten allenthalben angeführten Beyspiele beweisen. Siehe auch den Versuch über die gesetzgebende Klugheit, Verbrechen ohne Strafen zu verhüten. Frankf. u. Leipzig 1778.

1) *L. 1. §. 1. D. de Iustit. et Iure.*

her die Furcht für üble Folgen wohl das sicherste Mittel, Unterthanen, welche sonst vielleicht geneigt seyn dürften, der Stimme der Gesetze kein Gehör zu geben, auf dieselbe aufmerksam zu machen.

Die Uebel, welche der Gesetzgeber mit der Nichtbeobachtung seiner Gesetze verbinden kann, können nun mancherley seyn. Wir wollen nach Anleitung unsers Verfassers nur die gewöhnlichsten anmerken. Dahin gehört

1) die Nichtigkeit einer solchen Handlung, die dem Gesetze zuwider unternommen worden ist. Zwar soll nach Vorschrift der L. 5. Cod. de Legibus jede Handlung, welche wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden ist, schon an sich nichtig seyn, wenn auch gleich der Gesetzgeber diese Folge nicht ausdrücklich bestimmt und angedrohet hätte; allein oft findet man doch auch die Clausel der Nullität dem Gesetze ausdrücklich beygefüget. Ein Beyspiel davon giebt das durch einen Senatsschluß bekräftigte Verbot des Kaisers Marcus, sich über künftige Alimente ohne obrigkeitliche Einwilligung zu vergleichen; in diesem heisset es: *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta* [2]). So erfordern ferner die positiven Gesetze die Einwilligung der Eltern bey der Verheyrathung der Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, und erklären die ohne solchen Consens geschlossene Ehe schlechterdings für nichtig [3]).

2) Ein

2) *L. 8. pr. D. de Transact.*

3) *Princ. Inst. de nupt.* verglichen mit *§. 12. I. eod. L. 2. D. de rit. nupt. c. 1. 3. 4. Caus. XXX. Qu. 5. cap. 3. X. Qui matrim. accus. poss.*

2) Ein anderes Uebel, welches die Nichtbeobachtung eines Gesetzes zur Folge haben kann, bestehet in dem Verlust seines habenden Rechts oder eines andern Vortheils, welchen man sonst nach den Gesetzen zu hoffen gehabt hätte. So erklärt z. B. Kaiser Marcus [4]) denjenigen seines Rechts verlustig, der, ohne den Richter anzutreten, solches mit eigener Gewalt durchzusetzen, sich unternehmen würde; und die Gesetze machen es jeder Mutter zur Pflicht, nach dem Tode ihres Mannes für ihre unmündigen Kinder bey der Obrigkeit um Vormünder zu bitten, und verknüpfen mit der vorsetzlichen Verabsäumung dieser Pflicht den Verlust ihres gesetzmäßigen Erbrechts auf das Vermögen ihrer Kinder [5]).

3) Kann der Oberherr mit der Uebertretung seiner Gesetze auch schmerzhafte Folgen verbinden, um durch Vorstellung derselben dem Reize des Verbrechens entgegen zu arbeiten. Man nennet diese Folgen Strafen. Das Wort Strafe ist zwar, wie bekannt, sehr vieldeutig, es ist aber hier der Ort nicht, die verschiedenen Bedeutungen desselben anzugeben, mir ist es hier genug, zu bemerken, daß Strafe im eigentlichen Verstande ein empfindliches Uebel sey, welches jemandem wegen eines begangenen Verbrechens vermöge gesetzlicher Disposition zugefüget wird. Ein solches Gesetz, welches eine gewisse Handlung darum, weil sie den gemeinen Zweck der bürgerlichen Staatsgesellschaft hindert, unter Androhung eines Uebels verbietet,

4) *L. 7. C. unde vi. L. 13. D. quod met. caus.*

5) *L. 2. §. 1. D. Qui petant. tutor. vel curat.*

tet, dessen nachtheilige Folgen für den Uebertreter desselben die von der gesetzwidrigen Handlung zu hoffenden Vortheile überwiegen, um dadurch besorgliche Verletzungen auf alle Weise zu verhüten, wird ein Straf- oder Pönalgesetz genennet; und die freye Uebertretung eines solchen Strafgesetzes, wodurch dem gemeinen Zweck und Wohl der bürgerlichen Gesellschaft entgegen gehandelt wird, ist ein Verbrechen [6]). Die weitere Entwickelung dieser Begriffe gehört in das Criminalrecht.

Zuletzt bemerke ich noch, daß derjenige Theil des Gesetzes, welcher das Uebel festsetzt, so den Uebertreter desselben treffen soll, eigentlich Sanctio genennet wird [7]), daher Strafgesetze bey den Alten leges sanctae [8]), auch sacratae [9]) hiessen; es ist jedoch sehr gewöhnlich, per syn-

6) S. Christ. Carl Stübels System des allgemeinen peinlichen Rechts 1. Band (Leipzig 1795. 8.) §. 14. ff. Kleins Grundsätze des gemeinen teutschen und preuß. peinlichen Rechts (Halle 1796. 8.) §. 9. Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts (Halle 1793. 8.) §. 79. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. (Erlangen 1794. 8.) §. 4. ff. und 2. Th. 1. Kap.

7) §. 10. *I. de rer. divis.* L. 41. D. *de poenis.* CICERO *in Verr. IV. c.* 66. et *pro Balbo c.* 14. ERNESTI in Clavi Ciceron. voc. *Sanctio.*

8) Siehe TURNEBUS Adversar. Lib. IX. c. 6. HOTOMANNUS in Commentar. de verbis iuris in voc. *Sanctum.* et BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. in voc. *Sanctio,* et *Sanctus.*

9) Diesen Namen erhielten in den ältesten Zeiten der Römer insonderheit diejenigen Strafgesetze, welche die Clausul enthiel-

synecdochen auch die Gesetze selbst Sanctiones zu nennen.

§. 6.

Innerliche Handlungen der Menschen können kein Gegenstand menschlicher Gesetze seyn. Bemerkung über die *L.* 18. *D. de poenis.*

Da die Gesetze des Oberherrn den Handlungen seiner Unterthanen zur Richtschnur dienen sollen, so entsteht die Frage, was für Handlungen der Disposition eines menschlichen Gesetzgebers unterworfen sind? Die Handlungen der Menschen sind nämlich, wie bekannt, sehr mancherley; sie können einmahl bloß innerliche seyn, die eine Wirkung unserer Seele und des Verstandes sind, und daher in Gedanken, Begriffen, Vorstellungen und Ueberzeugung bestehen. Sie können aber auch zweytens äusserliche Handlungen seyn, deren Wirkungen sich ausser dem Menschen zeigen. Ein menschliches Gesetz kann nun bloß den äusserlichen Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen; innerliche Handlungen hingegen können der Disposition eines menschlichen Gesetzgebers nicht unterworfen seyn. Sie können darum kein Gegenstand der Gesetze seyn, weil sie eines Theils keinen Zwang zulassen, und andern Theils auch keinen Einfluß in die Wohlfarth des Staats haben. So wenig also der Regent im Staat durch seine gesetz-

hielten: *Quei aliter faxit, cum pecunia familiaque sacer esto.* Daher sagt FESTUS de verbor. significat. Lib. XVII. SACRATAE LEGES *sunt, quibus sanctum est, ut, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.* Man vergleiche *Frid.* PLATNERI de legibus sacratis liber singularis. Lipsiae 1751. 8.

gesetzgebende Gewalt dem Verstande und der Ueberzeugung seiner Unterthanen eine solche Richtung zu geben vermag, daß sie etwas für wahr halten sollen, von dessen Gegentheil sie nach ihren Begriffen und Vorstellungen überzeugt sind, vielmehr alles, was den Verstand und die Ueberzeugung angehet, gänzlich ausser der Sphäre der gesetzgebenden Macht liegt; so wenig kann auch schon der bloße Gedanke, eine strafwürdige Handlung zu begehen, zu dessen Realisirung aber durch äussere Thätigkeit noch gar keine Anstalt getroffen worden ist, in der bürgerlichen Gesellschaft als eine straffällige Uebertretung des Gesetzes angesehen werden [10]); vielmehr wird in solchem Falle die bekannte Parömie eintreten: Gedanken sind zollfrey [11]); oder wie **Ulpian** in der *L. 18. D. de poenis* sich ausdrückt: Cogitationis poenam nemo patitur [12]).

Wenn

10) Daher sagt schon Paulus in der *L. 53. §. 2. D. de Verb. Signif.* Consilium solum habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit.

11) S. Eisenharts Grundsätze des teutschen Rechts in Sprüchwörtern. Fünfte Abtheil. Nr. I. S. 441. nach der neuesten Ausgabe. Leipzig 1792.

12) Ich muß bey dieser Stelle anmerken, daß Ulpian jene Regel zwar eigentlich nur bey Erklärung des Edicts: quod quisque iuris in alterum statuit, ut ipse eodem utatur, angebracht hat, wie man aus der Ueberschrift der L. 18. wahrnimmt, wenn man damit die Inscription der *L. 1. u. 3. D. Quod quisque iuris* vergleichen will; sie darf aber deswegen doch auf jenes Edict nicht blos allein eingeschränkt werden, sondern muß vielmehr jetzt auch als allgemeine Regel des römischen Rechts darum gelten, weil sie Tribonian unter den allgemeinen Titel *de poenis* gebracht hat. Hieraus ergiebt

sich

Wenn ich jedoch behaupte, daß der bloße Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, in sofern nämlich derselbe noch durch keine äusserliche Handlungen zu erkennen gegeben worden ist, in foro humano noch nicht straffällig mache, so muß ich, um nicht mißverstanden zu werden, nur noch einen Gedanken hinzufügen. Es ist eine ganz andere Frage, ob nicht unterweilen die bloße Absicht, eine strafwürdige Handlung zu begehen, gesetzt auch, daß man aus Irrthum eine wirklich erlaubte Handlung vorgenommen hätte, gestrafet werden könne? Man stelle sich den Fall vor, den **Johann Owen** [13]) in folgenden Versen sehr naiv erzählt:

Cum propria imprudens coniux uxore coivit,
Quam falso alterius credidit esse viri.

oder man setze, es habe sich einer vorgenommen einen Diebstahl zu begehen, im Grunde aber eine Sache entwendet, die ihm selbst zugehörte, und auf welcher keinem andern ein Recht

sich eine für die Hermeneotik sehr wichtige Regel, daß wir nämlich bey Erklärung der Fragmente der alten Röm. Juristen, aus deren Schriften unsere Pandecten compiliret worden sind, nicht immer auf die Verbindung und den Zusammenhang sehen dürfen, in welchem sie ursprünglich gestanden haben, sondern solche vielmehr in derjenigen Verbindung erklären müssen, in welcher Tribonian selbige den Pandecten einverleibet hat. S. CUJACIUS lib. VIII. Observat. cap. 22. VOORDA in Electis Cap. XXII. und *I. L. E.* PÜTTMANNI Interpretat. et Observat. iuris. Cap. XIX. pag. 89. Ein Beweis, daß die Cujacianische Methode, die sogenannten *Leges Pandectarum* mit Hülfe ihrer Inscriptionum zu erklären, mit Behutsamkeit zu gebrauchen sey.

13) *Epigram. I.* 80.

Recht zustand? Kann wohl ersterer als ein Ehebrecher, und letzterer als ein Dieb gestrafet werden? Nein, dies ist ganz ausser Zweifel. Schon **Aristoteles** [14]) sahe dieses ein, wenn er an den **Nicomachus** schrieb: Μοιχέυει οὐδεὶς τὴν ἑαυτȣ̃, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτȣ̃. d. i. Niemand begehet mit seiner eigenen Frau einen Ehebruch, es kann auch Niemand seine eigene Sache stehlen. Und eben so wird ein ähnlicher Fall entschieden, in §. 8. *I. de obligat. quae ex delicto nascunt.* Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, (der Eigenthümer hatte z. B. bey sich beschlossen, daß er dem Commodatar die ihm geliehene Sache schenken wolle) dicitur furtum non fieri. Aber wird gleich die Handlung selbst nicht als dasjenige Verbrechen angesehen, welches sich ihr Urheber zu begehen vorgesetzt hatte, so fragt sich's doch, ob nicht wenigstens die dabey gehabte böse Absicht einige Strafe verdiene? Dieses ist allerdings zu behaupten. Zwar können die Worte des bekannten Hadrianischen Rescripts beym **Callistratus** in der *L.* 14. *D. ad Leg. Cornel. de Sicariis*: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus, hier zu keinem Beweiß dienen; denn so verschieden auch diese Verordnung von den Auslegern des römischen Rechts erkläret wird [15]), so kann man ihr doch in der That keinen

14) *Lib. V. ad Nicomachum cap. ult.*

15) Cujaz Observat. Lib. XV. c. 25. glaubt, daß diese Verordnung nur auf Verbrechen höherer Art Beziehung habe. Andere wenden diese Vorschrift auf alle Verbrechen an. Püttmann in Elem. iur. crim. §. 58. Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 1. Th. §. 33. not. d. Eine ganz eigene Meinung hegt Corn. van Bynkershöck Observat. Iur. Rom. Lib. III. c. 10. er hält dafür, daß der Ausdruck *male-*

keinen andern Sinn beylegen, als diesen, daß der Richter bey unglücklichen Ereignissen, welche das Ansehen eines Verbrechens haben, um zu beurtheilen, ob eine Person schuldig oder unschuldig sey, nicht bey der That allein, und deren Fol-

maleficium — hier keine allgemeine, sondern eine vorzügliche Bedeutung habe, und nur von solchen Missethaten, deren der Theodosische und Justinianische Codex unter dem Titel: de maleficis et mathematicis, erwähnet, angenommen werden dürfe. Hauptsächlich will er ihn von der Giftmischerey und solchen Arten des Menschenmords verstanden wissen, wovon Lex Cornelia de sicariis insonderheit gehandelt habe. Daher lasse sich auch begreifen, wie L. 14. in den Titel der Pandecten, worin von dem gedachten Cornelischen Gesetz gehandelt wird, habe gebracht werden können. Einige gehen noch weiter, und suchen durch eine Versetzung der Worte den Sinn des Gesetzes zu bestimmen. Sie lesen nämlich in maleficiis *non* voluntas spectatur, sed exitus. Allein die richtigste Erklärung ist, wenn wir unter *maleficium* jeden unglücklichen Vorfall, der zu einer Criminaluntersuchung Gelegenheit geben kann, oder jedes unerwartete Factum, so den Urheber zu irgend einer Verantwortung verpflichten kann, verstehen, eine Bedeutung, in welcher dieses Wort sowohl bey den alten classischen Scriptoren, LIVIUS *Lib. V. c.* 3. *VII.* 20. als in den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten vorkommt, *L.* 1. *D. de obligat. et actionib. L.* 53. *pr. D. de furtis. L.* 16. §. 10. *D. de poenis.* Es bestärkt diese Erklärung insonderheit auch das Wort *voluntas*; welches hier so viel als Vorsatz oder Absicht heißt. Die Worte *non exitus* heissen so viel als non solus exitus, d. i. man soll nicht auf den Erfolg der That allein, sondern besonders auf die Absicht ihres Urhebers sehen. Man vergleiche die gelehrte Abhandlung über *L.* 14. *D. ad L. Corn. de sicar.* in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte, herausgegeben von Günther und Otto, auf das Jahr 1786. 1. Stück. S. 1—17.

Folgen stehen bleiben, sondern besonders auf die Absicht dessen, der sie veranlaßte, Rücksicht nehmen müsse, um den ohngefähren nicht imputablen Zufall, desgleichen die bloße Fahrlässigkeit, von der Arglist und Bosheit zu unterscheiden. Hier setzen wir aber einen solchen Fall zum Grunde, wo die vorgenommene Handlung an sich erlaubt und unschädlich war, allein durch Täuschung oder Irrthum ihres Urhebers als Verbrechen unternommen wurde. Folglich paßt jene Vorschrift der L. 14. hier darum nicht, weil sie von wirklich unglücklichen Vorfällen z. B. begangenen Todschlägen handelt. Allein dem sey, wie ihm wolle, so hat unsere obige Behauptung doch ihre völlige Richtigkeit, und den Beyfall der berühmtesten Rechtslehrer [16]) für sich. Der Grund, den Justinian [17]) in einem ähnlichen Falle zur Entscheidung anführt, ist auch allerdings treffend, damit nicht die gänzliche Unsträflichkeit den Thäter verleiten möge, dasjenige Verbrechen wirklich noch zu begehen, was er bisher ohne Erfolg der That sich nur vorgesetzet hatte.

§. 7.

16) S. Kanzler Koch in Institut. iur. crim. Lib. I. c. 2. §. 16. Prof. Püttmann in den Adversar. iuris universi cap. 16. §. 9. Hr. Geh. JustizR. Klein in den Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß Staaten IV. Band S. 65. und Christoph Carl Stübel im System des allgemeinen peinlichen Rechts. II. Band. §. 182.

17) §. 8. *I. de Obligat. quae ex delicto.* Daß Justinian nur in dem von ihm vorgetragenen Falle eine Ausnahme habe machen wollen, läßt sich aus der *L.* 20. *Cod. de furt.* nicht ersehen. Der daselbst angeführte allgemeine Entscheidungsgrund zerstreuet allen Zweifel.

§. 7 u. 8.

Nur den äuſſerlichen freyen Handlungen der Menſchen können die Geſetze eine Richtſchnur ertheilen.

Alſo nur äuſſerliche Handlungen der Menſchen liegen in der Sphäre der Geſetzgebung. Allein auch dieſe können wieder ſehr verſchieden ſeyn. Sie ſind entweder freye oder nicht freye Handlungen. Da eine freye Handlung nicht gedacht werden kann, wo nicht ein Vermögen willkührlich zu handeln da iſt, ſo iſt zuförderſt der Begriff einer willkührlichen Handlung zu entwickeln. Eine Handlung ſtehet entweder in unſerer Gewalt, ſo daß wir uns ſelbſt dazu beſtimmen können, oder nicht. Handlungen der letztern Art werden unfreywillige Handlungen genennet, und dieſe können von zweyerley Art ſeyn, entweder ſolche, wozu wir durch eine äuſſerliche unwiderſtehliche Gewalt genöthiget werden, oder ſolche, wozu wir von unſerer Natur durch ein in der Organiſation unſeres Cörpers gegründetes Principium angetrieben werden, jene werden erzwungene, dieſe aber phyſiſch nothwendige Handlungen genennet. Wenn im Gegentheil eine Handlung in unſerer Gewalt ſtehet, ſo daß wir ſie thun und auch unterlaſſen können, ſo nennt man ſie eine willkührliche Handlung (actio arbitraria). Wer nun eine ſolche willkührliche Handlung unternimmt, iſt entweder im Stande, ſich die Folgen derſelben vorzuſtellen, und darnach mit Ueberlegung ſeinen Willen zu beſtimmen, oder es iſt dem Handelnden dies nicht möglich. Im erſten Falle heißt die Handlung eine freye, im zweiten eine blos willkührliche nicht freye Handlung. Wer ferner frey handeln d. i. die Folgen einer unternommenen Handlung überlegen, und die Gründe und Gegengründe derſel-

ben prüfen und abwägen konnte, war nun auch entweder wirklich nicht eher zu der Handlung geschritten, als nach einer vorher angestellten reiflichen Ueberlegung, oder er hatte nicht über die Folgen der Handlung gehörig nachgedacht, sondern die Handlung unüberlegt aus Uebereilung oder in der Hitze der Leidenschaft begangen. Ob nun gleich die Handlung auch im letzten Falle noch immer freye Handlung bleibt, so ist doch nicht zu läugnen, daß ein Mensch in der Hitze des Affects nicht mit völliger Vernunft handele, und folglich in einem solchen Falle keine völlige Freyheit da sey. Denn nur da, wo mit völliger Vernunft und Ueberlegung gehandelt wird, ist völlige Freyheit vorhanden. Daher heißt nun eine Handlung im strengsten Verstande frey [18]), welche nach vorhergegangener reiflicher Ueberlegung und Prüfung der Gründe und Gegengründe von einer solchen Person ist unternommen worden, die das vollkommene Vermögen hatte, sich selbst zur Befriedigung oder Nichtbefriedigung eines Begehrens entweder nach dem Gesetze, oder gegen dasselbe zu bestimmen [19]). Dieses vorausgesetzt, so entstehet

18) Ist von Verbrechen die Rede, die mit solcher Ueberlegung und völligen Freyheit sind verübet worden, so gebrauchen unsere peinl. Rechte die Ausdrücke: fürsetzlich, muthwillig, geflissen. S. Peinl. Gerichtsordnung Carls des V. Art. 137. u. 159.

19) S. Mart. Ehlers über die Lehre von der menschlichen Freyheit. (Dessau.) Feders Untersuchungen über den menschlichen Willen. B. 1. Abschn. 1. Kap. 1. §. 6. B. V. Hauptst. IV. §. 66. 67. Leonh. Creuzers sceptische Betrachtungen über die Freyheit des Willens. Giessen 1793. F. C. Forberg über die Gründe und Gesetze der freyen Handlungen. Jena 1795. und Stübels System des allgemeinen peinl. Rechts. 2. Band. §. 243. ff.

entstehet nun die Frage, ob nur freye Handlungen allein, oder ob nicht auch unfreywillige, nicht freye Handlungen, den Gesetzen des Staats unterworfen seyn können? Man möchte letzteres beynahe glauben, wenn man beym **Marcian** in der *L.* 2. *D. de Legib.* liest: Lex est — coërcitio eorum, quae sponte, vel *involuntarie* delinquuntur. Kein Wunder, wenn einige Rechtsgelehrte behauptet haben, daß ein Rasender zwar nicht gestraft werden könne, aber doch zur Vergütung des Schadens, den er angerichtet hat, allerdings verbunden sey [20]; sie meinen, daß dem Beschädigten deshalb die actio in factum in den bürgerlichen Gesetzen zugestanden werde [21]. Allein, daß diese Meinung nicht allein dem Naturrechte, sondern auch dem wahren Sinne der bürgerlichen Gesetze offenbar entgegen sey, haben Andere schon aus bessern Gründen gezeigt [22]. Denn schon

 die

20) Dieß behaupten MENCKE ad Pandect. Lib. XLVII. Tit. I. §. 14. SCHAUMBURG Compend. Digestor. Lib. IX. Tit. I. §. 3. SCHMIDT Instit. iur. civ. §. 423. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Vol. IV. Obs. 567. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrheit. S. 58. Denen auch neuerlich Hr. Prof. *Christ. Guil.* WEHRN in doctr. iuris explicatr. principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae eiusque, quod interest, ratione, praestandi. (*Lipsiae* 1795. 8.) Cap. I. §. 2. Not. 43. pag. 8. ff. beygetreten ist.

21) Sie haben dergleichen in der *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* gefunden zu haben vermeint, wo Paulus sagt: *In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur*, in factum *datur* actio.

22) S. VOET in Comm. ad Pandect. Tit. ad L. Aquiliam §. 29. STRYK in Us. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. I. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 532. Med. 2. et 3. *Frid. Es.* PUFFENDORF Tr. de culpa P. 3. cap. 3. §. 40. et 41. von Quistorp Grund-

die Gesetze der Vernunft erfordern zu einer jeden verbindlichen Handlung, daß sie ihrem Urheber zu imputiren sey, da dies aber bey denen wegfällt, welchen es am Verstande und Willen mangelt, um frey handeln zu können, so ist der Schade, den solche Personen anrichten, offenbar nur ein damnum casuale, weshalb derjenige, welchen er trift, keine Vergütung fordern kann. Und mit diesen Grundsätzen des Naturrechts stimmen auch die bürgerlichen Gesetze überein, Impune puto admittendum, sagt daher **Pompon** [23]), quod per furorem alicuius accidit: quomodo *si casu aliquo, sine facto personae, id accidisset:* und sehr treffend ist der Entscheidungsgrund des Pegasus beym **Ulpian** [24]): Quae enim in eo culpa est, quum suae mentis non sit? Aber sollten nicht die oben angeführten Gesetze einigen Widerspruch machen, und die Meinung jener Rechtsgelehrten wenigstens insofern rechtfertigen, als nur von einer Schadenserseßung die Rede ist? Ich glaube es nicht. Denn wenn **Paulus** da, wo die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetz wegfällt, dem Beschädigten die Befugniß einräumt, in factum zu klagen: so kann unmöglich seine Meinung dahin gehen, daß die letztere Klage ohne Unterschied, ob der Schade vorsätzlich, oder aus Fahrläßigkeit, oder durch ein Ungefähr angerichtet worden, immer durchgängig statt

Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 38. **Westphals** Criminalrecht. 9te Anmerk. §. 16 — 20. und insonderheit **Weber** in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 294. der neuesten Ausgabe.

23) *L. ult. in fin. D. de administr. et peric. tut.*

24) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.*

statt finde. Es erhellet vielmehr aus andern Gesetzstellen [25]), daß die actio in factum, welche in den Fällen Statt haben soll, wo die Klage aus dem Aquilischen Gesetz cessirt, nur gegen den, *qui obnoxius fuerit*, also wer Schuld hat, daß der Schade geschehen, solle angestellet werden können. Wie kann man aber dieses in dem Falle behaupten, wo alle Imputation gänzlich wegfällt, und nichts als ein damnum casuale vorhanden ist, und wo daher selbst nach den Gesetzen der Vernunft, ohne deren Beystand die actio in factum gänzlich wegfällt, keine Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens vorhanden ist [26]). Es kann aber auch eben so wenig der vom **Marcian** angegebene Begriff des Gesetzes so verstanden werden, als ob unfreye Handlungen nach den Gesetzen beurtheilt, und als Verbrechen bestraft werden könnten. Denn *involuntarie* delinquere, heißt daselbst nicht, ohne Freyheit des Willens handeln, sondern ohne bösen Vorsatz, bloß aus Unachtsamkeit und Unwissenheit sich vergehen, wie schon **Gerhardt Noodt** [27]) bemerkt hat. Der Ausdruck *involuntarie* begreift auch die aus Uebereilung und in der Hitze der Leidenschaft begangenen straffälligen Handlungen unter sich. Cadunt enim in ignorantiam atque in imprudentiam perturbationes animi, sagt **Cicero** [28]), quae quamquam sint voluntariae,

25) §. *ult. I. de L. Aquil.*

26) S. Weber am angef. Ort Not. 21. S. 296.

27) in Commentar. in Dig. tit. de Legib. Tom. II. Oper. pag. 12. Gesetzt aber, man wollte auch den Ausdruck *involuntarie* durch ungern übersetzen, so können ja auch ungern begangene Handlungen frey seyn. S. Kleins Grundsätze des peinl. Rechts §. 124.

28) *Topic. c. 16.*

(obiurgatione enim et admonitione deiiciuntur) tamen habent tantos motus, ut ea, quae voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur. Es scheinet also wohl das *involuntarie delinquere* das nämliche zu seyn, was Papinian[29]) nennet delictum, quod *ignorantia* contrahitur: *ignorantia* aber ist hier soviel als culpa[30]). Das Resultat von allem diesen ist nun, daß nur äussere willkührliche freye Handlungen der Bürger des Staats der Gegenstand der Gesetze seyn können. Wo also das Vermögen frey zu handeln, ganz wegfällt, da kann keine Verbindlichkeit aus den Gesetzen statt finden. Hieraus folgt weiter, a) daß durch ein Gesetz Keinem etwas auferlegt werden kann, was physisch unmöglich ist[31]); denn hier fällt alle Freyheit weg. Eben dieses gilt b) aus dem nämlichen Grunde auch von physisch nothwendigen Handlungen. So sind ferner c) die Folgen der aus Zwang und ohne Freyheit begangenen Handlungen in der Regel dem Handelnden nicht zuzurechnen. Daß aber auf Seiten desjenigen allerdings Zurechnung statt

29) *L.* 1. *D. de Legib.*

30) S. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. tit. de LL. p. 8.

31) *L.* 188. *§.* 1. *D. de Reg. iur.* Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. Add. *L.* 185. *et L.* 31. *D. eod.* Ist jedoch Jemand an der Unmöglichkeit, eine gewisse Verbindlichkeit zu erfüllen, selbst schuld, so haftet er wegen des Mißbrauchs seiner Freyheit wenigstens zur Schadensersetzung. Siehe Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius. 2. Band. (Leipzig 1795. 4.) Nr. CXVIII. S. 424.

statt finde, in dessen vorgesetzem Willen und Bosheit der Grund ihrer Wirklichkeit angetroffen wird, hat keinen Zweifel. Daher sagt schon Seneca [32]) ganz richtig: *Ad auctores redit sceleris coacti culpa.* Endlich d) kann ein Gesetz auch in Ansehung derer von keiner Wirkung seyn, denen der Gebrauch des Verstandes, und mithin die Freyheit des Willens mangelt. Es können daher rasende und wahnwitzige Personen wegen begangener Verbrechen so wenig bestraft, als eigentlich zur Schadensersetzung angehalten werden [33]); obgleich die Vergütung des Schadens actione ex lege Aquilia von denen allerdings gefordert werden kann, welchen die Aufsicht über solche Personen gegeben war, wenn durch deren Nachlässigkeit und Verwahrlosung dieser Schade hauptsächlich angerichtet worden ist [34]).

§. 9.

Können auch Religionshandlungen ein Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt seyn?

Da die freyen Handlungen der Menschen entweder weltliche oder Religionshandlungen seyn können, so entsteht hier

 noch

32) *Troad.* v. 870. und *L.* 169. *D. de Reg. iur.* sagt: Is damnum dat, qui iubet dare, *eius vero nulla culpa est, cui parere necesse fuit.* Nur da, wo die erzwungene Handlung dem Handelnden selbst in der Gestalt eines grössern Uebels erscheinen mußte, als dasjenige war, zu dessen Vermeidung er das Verbrechen unternahm, findet eine Zurechnung der erzwungenen Handlung statt. *Cap.* 5. *X. de his, quae vi metusve causa fiunt.* S. Klein in den angef. Grundsätzen §. 124.

33) S. Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. Th. I. §. 38. Klein a. a. O. §. 128. u. 132.

34) *L.* 14. *D. de officio Praef.* Hellfeld §. 695. in fin.

noch die Frage, ob und in wiefern Religionshandlungen der gesetzgebenden Gewalt des Regenten im Staate unterworfen sind? Es kommt bey Beantwortung dieser Frage sowohl auf die Beschaffenheit solcher Handlungen selbst, als auf die Art und Weise an, wie die gesetzgebende Gewalt in Ansehung derselben ausgeübt wird. Man nennt bekanntermassen Religionshandlungen überhaupt alle Handlungen, welche Religion und Gottesdienst betreffen. Solche Religionshandlungen können nun, wenn wir auf die persönlichen Verhältnisse der Gottesverehrer sehen, entweder Handlungen einzelner Menschen, oder kirchliche Handlungen seyn. Letztere sind das Resultat einer eigentlichen Religionsübung, und setzen eine Religionsgesellschaft, das ist, Vereinigung mehrerer zur Gottesverehrung, nach gemeinschaftlich anerkannten Grundsätzen, unter Darzwischenkunft eines geordneten und berufenen Geistlichen, voraus. Ohne eine solche Darzwischenkunft und gesellschaftliche Vereinigung bleiben Religionshandlungen nur Handlungen einzelner Menschen. Diese können kein Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt seyn. Denn an sich ist Religion Sache eines jeden einzelnen Menschen. Sie ist das Resultat des in dem Verhältniß gegen die Gottheit denkenden und empfindenden Menschen, des in jedem Menschen freyen und selbstthätigen individuellen Gewissens. In diesem Verhältniß, in dieser Sphäre der Religion und des Gewissens giebt es kein Recht, keine Gewalt, die ein Mensch über den andern auszuüben hätte [35]). Von eines jeden einzelnen Menschen Ueberzeugung hängt es daher ab, ob er diese oder

35) S. Maiers teutsches geistl. Staatsrecht in der Einleitung §. 2. u. 3.

oder jene Begriffe von Gott für wahr und richtig halte, und nach seiner Ueberzeugung hat er die Befugniß und Pflicht, Gott auf diejenige Art und Weise zu verehren, die er nach seinen Begriffen von dem höchsten Wesen für einzig angemessen den Vollkommenheiten desselben hält. Deswegen stehet er bloß vor seinem Gewissen und dessen Richter zur Verantwortung. Niemandem anders braucht er Rechenschaft davon zu geben [36]). Allein anders verhält es sich mit den Kirchenhandlungen. Diese sind von doppelter Art. Einige derselben haben nur einzig und allein Gottesverehrung zum Zweck, und bringen daher in dem Staate keine rechtlichen Wirkungen hervor; andere Religionsverrichtungen sind hingegen von der Art, daß zwar deren Form, Anordnung, und Vornahme Gottesverehrung zum Zweck hat, und also insofern eigentliche Kirchenhandlungen sind und bleiben, sie stehen aber daneben mit solchen Geschäften in Verbindung, die zugleich rechtliche Wirkungen im Staate äussern, Vorrechte darin geben oder entziehen, Verbindlichkeiten darin festsetzen oder aufheben, und bey denen übrigens das Kirchliche, nach dem Symbol der Gottesverehrung dieser oder jener Religionsgesellschaft, mehr oder minder wesentlich seyn kann. Kirchenhandlungen der erstern Art können mit den Namen der geistlichen, die der letztern aber durch den Namen gemischter Kirchenhandlungen [37]) nicht unschicklich bezeichnet werden. Die

36) Vergl. des Hrn. Hofrath Schnauberts vortrefliche Schrift über Kirche und Kirchengewalt in Ansehung des kirchlichen Religionsbegriffs. Jena 1789. S. 23. u. 119.

37) Eben dieser Benennungen bedient sich auch der Regierungsrath Brauer in seinen gelehrten Abhandlungen zur Erläuterung des Westphäl. Friedens. 3. Band S. 9. u. fg.

geistlichen Kirchenhandlungen [38]) sind wieder von zweyerley Art. Manche davon haben mit den Lehrsätzen der Religion einen wesentlichen Zusammenhang, werden durch die Symbole der Religionsgesellschaft bestimmt, und machen also nöthige Bestandtheile der Gottesverehrung aus; diese werden äusserliche nothwendige, oder wesentliche Religionshandlungen genennt. Zu solchen kirchlichen Religionshandlungen gehört z. B. der Gebrauch des heiligen Abendmahls, oder bey den Katholiken die Meße, letzte Oelung u. dergl. Ueber solche Handlungen, weil sie von Religionsüberzeugung abhangen, die sich nicht nach Willkühr modeln läßt, und weil sie keine rechtliche Wirkung im Staat hervorbringen, also nicht in den Zweck der Staatsregierung einfliessen, hat der Staat nur ein negatives Recht, darauf zu sehen und zu verhüten, daß nicht die Art ihrer Vornahme und neben einlaufende Umstände sie der Ruhe des gemeinen Wesens nachtheilig machen. Es hängt vielmehr die Anordnung solcher Handlungen von der Bestimmung des kirchlichen Religionsbegrifs lediglich ab, in Absicht auf welchen sich die Mitglieder der Kirche vertragsweise über die Form derselben verbindlich gemacht haben [39]), folglich ist hier ein bloßes gemeinschaftliches Recht vorhanden, bey welchem eine gesetzgebende Gewalt darum nicht statt finden kann, weil hier alles auf gemeinschaftliche Ueberzeugung der vereinigten Glieder ankommt. Andere geistliche Kirchenhandlungen stehen hingegen mit den Glaubenslehren und

38) Man verwechsele damit nicht die kirchliche und ministerial Verrichtungen der Geistlichen, denn diese machen nur einen Theil derselben aus.

39) S. Schnaubert in der angeführten Schrift. S. 42. u. f.

und Religionsbegriffen der Kirche in keiner wesentlichen Verbindung, sondern werden von den Gliedern derselben zwar äusserlich aus dem Grunde vorgenommen, weil sie glauben dadurch den göttlichen Vollkommenheiten am gemäßesten zu handeln, sie können aber auch ganz unterbleiben, oder auf eine andere Art bestimmt werden, ohne daß deswegen ein Widerspruch mit den in ihrem Lehrbegriff als wahr angenommenen Glaubenslehren entstehet. Diese Art kirchlicher Religionshandlungen wird zum Unterschiede mit dem Namen der äusserlichen willkührlichen Religionshandlungen bezeichnet. Zu diesen rechne ich z. B. das Anzünden der Lichter bey der Verwaltung des heiligen Abendmahls, und das Absingen der Einsetzungsworte vor dem Altar, desgleichen die Beichte, und andere bekannte geistliche Cerimonien mehr, die zwar aus guten Absichten von der Kirche eingeführt worden sind, von welchen aber doch die heilige Schrift nichts enthält. Solche äusserliche willkührliche Religionshandlungen sind der Disposition der Kirchengewalt allerdings unterworfen. Vermöge derselben können daher mancherley Verfügungen und Abänderungen getroffen werden, je nachdem es zur Erreichung des Zwecks der Kirche nöthig oder nützlich ist. Der Regent im Staat hingegen kann als Regent hierinn nichts ändern. Er hat zwar die Aufsicht über alle kirchliche Anstalten, insofern sie einen Einflus haben in die Wohlfarth des Staats; allein diese giebt ihm kein Recht zu entscheiden, ob die Kirche dadurch ihren Zweck erreichen werde, oder nicht [40]).

Es

40) Man vergleiche hierbey des Hrn. Prof. D. Carl Wilh. Roberts Abhandl. über das Recht evangelischer Landesherren,

Es giebt nun auch gemischte Kirchenhandlungen, die zwar auch Gottesverehrung zum Zweck haben, aber doch auch zugleich rechtliche Wirkungen im Staate äussern, Vorrechte darinn geben oder entziehen, und Verbindlichkeiten darinn festsetzen oder aufheben. Dahin gehört die Taufe, welche ihrem Endzweck nach zwar zur Gottesverehrung dient, in ihrer Wirkung auf den Staat aber jedem die grossen bürgerlichen Vorrechte der Christen giebt, an welchen die Nichtchristen keinen Antheil haben. Gleiche Bewandniß hat es mit der Trauung, welche zwar Aufrufung des göttlichen Segens zu einer angehenden Ehe, und Erklärung, sie nach den göttlichen Vorschriften führen zu wollen, also Gottesverehrung zur Absicht hat, aber doch auch zugleich die wichtige bürgerliche Wirkung hervorbringt, daß ohne sie jede Verbindung zum Beyschlaf, wenn sie auch in der Absicht, Kinder zu erzeugen, und folglich aus ehelicher Zuneigung geschähe, für eine unerlaubte Beywohnung, wenigstens unter Privatpersonen in Deutschland, gehalten wird; nicht minder den Personen, die durch die Trauung sind verbunden worden, die ehelichen und elterlichen Rechte verschaft. Die Bestimmung des Kirchlichen bey diesen Handlungen gehört zwar zu den gesellschaftlichen Rechten der Religionsgesellschaft, von welcher sie vorgenommen werden sollen, aber das Politische davon muß, wie alles, was auf den Staat Einfluß hat, der Leitung und Anordnung des Regenten unterworfen seyn; und es äussern sich dabey nicht bloß negative, sondern auch positive Einwirkungs-

herren, die Liturgie abzuändern. In Desselben Beyträgen zu der natürl. und positiven Rechtsgelahrtheit. Marburg 1789. 8.

kungsrechte der Staatsgewalt. Er kann damit die mehreren oder minderen Wirkungen, die im Staat davon abhangen sollen, die Erfordernisse, die beobachtet werden müssen, ehe eine solche Handlung, mit Wirkung für den Staat, vorgenommen werden darf, nach Gutbefinden bestimmen: wenn aber nun das, was den Staat und dessen Interesse dabey betrift, in Richtigkeit gebracht ist, so bleibt die Verrichtung der kirchlichen Handlung und deren innere Form ein durch die Symbole bestimmtes Recht der Gesellschaft, bleibt also Theil der Religionsübung [41]).

§. 10.

Mancherley Eintheilungen des Rechts. I. Natürliches und positives Recht.

Wenn wir bisher vom Recht und Verbindlichkeit redeten, so nahmen wir das Wort *ius* oder Recht theils für Gesetz, theils für Befugniß zu handeln. Wenn wir aber jetzt die verschiedenen Eintheilungen des Rechts nach Anleitung unsers Verfassers entwickeln sollen, so muß dabey diejenige Bedeutung des Worts *ius* oder Recht zum Grunde gelegt werden, da es einen Inbegriff aller Gesetze einer Art anzeigt. In dieser Bedeutung wird nun das Recht I. nach Verschiedenheit des Erkenntnißgrundes in das natürliche und positive eingetheilet. Naturrecht nennen wir den Inbegriff aller derjenigen Gesetze, welche mittelst der Vernunft aus der Natur des Menschen, und der-

41) Joh. Nic. Fried. Brauer von dem Reichsgesetzmäßigen Unterschiede zwischen öffentlicher und privat Religionsübung der Unterthanen §. 5. in Desselben oben angef. Abhandlungen 3. Band S. 10. u. ff.

derjenigen Dinge, welche die menschliche Natur als Bedingungen und Mittel ihrer Zwecke fordert, erkannt werden können [42]). Es wird daher auch das Recht der Vernunft genennet. Hommel [43]) nennt es *ius mundi universale*, und er hat nicht ganz unrecht, wenn er sagt: IVS NATVRAE *est voluntas Dei, non litteris, sed signis, in universum mundum scriptis, manifestata.* Denn die natürlichen Gesetze sind, wie ein Apostel sagt, dem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben. Positives Recht wird im Gegentheil der Inbegriff derjenigen Gesetze genennt, welche sich blos allein auf den erklärten Willen eines Gesetzgebers gründen, und also aus demselben lediglich zu erkennen sind. Z. B. daß ich das Eigenthum einer fremden Sache binnen einer gewissen gesetzlich bestimmten Zeit usucapire, daß Frauenspersonen aus übernommenen Bürgschaften nicht belangt werden können, Eltern und leibliche Geschwister des Verstorbenen zugleich erben, ist positiven Rechtens; denn Herz und Vernunft lehren mich davon nichts. Allein daß ich mein ernstlich gethanes Versprechen halten, daß ich dem Verkäufer den bedungenen Kaufschilling bezahlen muß, lehrt schon das Vernunftrecht. Dieser Erklärung zu Folge läßt sich also die Grenzscheidung des natürlichen und positiven Rechts auf die Art mit Evidenz vorzeichnen, wenn man sagt, die Sphäre des natürlichen Rechts begrenze sich mit demjenigen, was a priori erweißlich ist, die des positiven Rechts hingegen fange dort an, wo die Entscheidung, ob etwas

42) S. Hrn. Prof. Abichts neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts. (Bayreuth 1792.) §. 33.

43) S. Carl Ferdinand Hommel Diss. Ius mundi universale. Lipsiae 1763.

etwas Recht oder nicht Recht sey, auf den Willen des Gesetzgebers beruhet 44).

§. 11.

Eintheilung der Römischen Juristen in *ius naturale, gentium* et *civile.*

Ganz verschieden war der Begriff der alten römischen Rechtsgelehrten vom Naturrecht. **Ulpian** 45) sagt: IUS NATURALE est, quod natura omnia animalia docuit. Er verstehet also darunter die natürlichen Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Dahin rechnet er, daß Menschen heyrathen, Kinder zeugen und Kinder erziehen. Dies sey im Naturrecht gegründet, weil auch die vernunftlosen Thiere sich begatten, ihr Geschlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen. Videmus etenim, sagt **Ulpian**, caetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris *peritia* censeri 46). Man hat über den Begriff des **Ulpians** vom Naturrecht viel gestritten. Einige haben

44) Ludw. Heinrich Jacobs philosophische Rechtslehre oder Naturrecht. Halle 1795.

45) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

46) Die letztern Worte dieser Stelle haben Einigen corrupt zu seyn geschienen, welche statt *peritia* vielmehr perita lesen wollen. Allein die Emendation ist unnütz, *peritia censeri* ist gerade so viel als perita esse, also ist der Sinn der Worte dieser: denn wir sehen, daß auch die unvernünftigen und wilden Thiere dasselbige Naturgesetz in sich fühlen. So umschreibt es auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Tit. *de Iur. natur. gent. et civ.* Videmus enim non homines modo, sed caetera quoque animalia his, qui legem hanc observant, adscribi.

haben ihn verworfen, andere hingegen solchen zu vertheidigen gesucht [47]). Darin ist man indessen so ziemlich einverstanden, daß **Ulpians** Begriff vom Naturrecht aus den Lehrsätzen der alten stoischen Philosophie zu erklären sey, und zwar scheint **Ulpian** die Meinung des **Chrysippus** angenommen zu haben, welche **Cicero** in seinen Büchern *de Officiis* mehrmalen anführt [48]). **Chrysipp** lehrte, der Mensch habe eine zweyfache Natur vom Schöpfer erhalten; einmal eine thierische, welche er mit allen andern, auch unvernünftigen, Thieren gemein habe; sodann eine ihm eigene, menschliche Natur. Nach seiner thierischen Natur wären gewisse Triebe und Neigungen in ihm gepflanzt, die er mit allen

47) Man vergleiche *Gregor. Lopez* MADERA Animadversion. iuris civ. cap. 2. *Ferrand.* ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 3. (Tom. II. *Thesaur. iur. civ. Ev.* OTTONIS pag. 507.) *Wilhelm van der* MUELEN Exercitat. in Tit. D. de Iust. et I. *ad h.* **L.** *Gerh.* NOODT Commentar. ad Digesta h. t. pag. 4. insonderheit *M. Aurel.* GALVANUS Dissert. var. de Usufructu cap. 5. *Ioseph* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libr. VI. Commentar. Tom. I. Lib. I. Exerc. I. *Thomas* PAPILLONIUS Comment. ad Tit. D. de Iust. et Iure (Tom. II. *Thesaur. iur. civ. et canon. Ger.* MEERMANNI pag. 553.) *Ulrich* HUBER Digress. Iustinian. P. I. Lib. I. cap. XI. *Samuel de* COCCEJI Iur. Civ. Contr. Lib. I. Tit. I. Qu. 6. *Gottl.* KORTTE Vindiciae L. 1. §. 4. D. de I. et I. de iure, quod natura omnia animalia docuit. *Lipsiae* 1727. und *Ge. Christph.* NELLER in Diss. Iuris naturae et gentium definitio Ulpianea vindicata et exemplis illustrata Vol. I. P. I. (Colon. et Lipsiae 1787.) n. 3.

48) *de Offic.* Lib. I. c. 31. *Sic est faciendum, ut contra universam naturam* (i. e. communem) *nihil contendamus, et ea tamen conservata propriam* (i. e. humanam) *sequamur.* Siehe HOFACKER in Princip. iur. civilis Rom. germ. T. I. §. 5. N. a.

allen andern Thieren gemein habe. Die Stoiker nannten diese τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν [49]). Allein nach seiner eigenen menschlichen Natur wäre er ein vernünftiges Wesen, welches nicht nur jene natürliche Triebe mit Vernunft zu mäßigen, sondern auch nach den Kräften seines Verstandes mit moralischer Freyheit zu handeln vermöchte. Nach dieser zweyfachen Natur des Menschen nahm man nun auch ein doppeltes Naturrecht an, das eine war, was man *ius naturale* im eigentlichen Verstande nannte, und in der gemeinen thierischen Natur aller lebendigen Geschöpfe seinen Grund hätte. Dieses bestehe in den von der Natur, worunter die Stoiker Gott verstanden [50]), allen lebendigen Geschöpfen eingepflanzten Trieben, welche Menschen und Thiere mit einander gemein haben. Z. B. so fühlt der Mensch einen ihm angebohrnen Trieb in sich, sich sowohl selbst zu erhalten, als auch sein Geschlecht fortzupflanzen. Dieselben Triebe habe aber auch die Natur allen andern Thieren eingepflanzt [51]). Da nun die Natur dem Menschen auch ein angebohrnes Recht gegeben, diesen Trieben zu

49) Man sehe GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XII. c. 5.

50) Quid enim aliud est natura, sagt SENECA *de Benefic.* Lib. IV. c. 7. quam Deus, et divina ratio, toti mundo et partibus eius inserta?

51) CICERO *de Offic.* Lib. I. c. 4. Daß diese Theorie auf die Entscheidung mancher Rechtsfälle wichtigen Einfluß gehabt habe, lehrt die *L.* 1. §. 11. *D. Si quadrupes pauper. fecisse dicat.* nach welcher dem Eigenthümer eines im Stiergefecht getödteten Ochsens nur dann eine Klage gegen den Eigenthümer des andern Ochsens gestattet wird, wenn der getödtete Ochse nicht der angreifende, sondern der angegriffene Theil gewesen.

zu folgen, ein gleiches Vermögen, secundum naturam vivendi, aber auch den Thieren angebohren sey, so erzeugte sich auf solche Art die vom **Ulpian** angenommene Idee eines den Menschen mit den Thieren gemeinschaftlichen Naturrechts [52]). Von diesem unterschied man das den Menschen eigne Naturrecht, welches man *ius gentium* nannte. Hierunter verstehen die alten römischen Juristen dasjenige Recht, was nur allein Menschen mit einander gemein haben, und welches daher, weil es auf Vernunft gegründet ist, bey allen cultivirten Völkern Statt findet [53]). Aus dieser Quelle des allgemeinen Menschenrechts leiteten sie die Gottesverehrung, den Gehorsam gegen die Eltern, die Liebe zum Vaterlande, den Krieg, die bürgerlichen Staatsgesellschaften, Absonderung des Eigenthums, Begrentzung der Aecker, Erbauung der Häuser und Städte, Treibung des Handels und Gewerbes, Gültigkeit der Verträge, besonders Kauf und Pachtung, samt den daraus entspringenden Verbindlich-

52) Vergleiche noch *Christ. Henr.* ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 132. und *Car. Frid.* WALCH in den Anmerkungen S. 219. ff. Siehe auch EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI *ius civ. controv.* T. I. pag. 27.

53) GAJUS *L.* 9. *D. h. t.* sagt: Quod *naturalis ratio* inter OMNES HOMINES constituit, id apud omnes peraeque custoditur: vocaturque IUS GENTIUM, quasi quo iure *omnes gentes* utuntur. Eben so ULPIANUS *L.* 1. *§.* 4. *D. h. t.* IUS GENTIUM est, quo gentes humanae utuntur, quod a *naturali* recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc SOLIS HOMINIBUS INTER SE COMMUNE EST. Zuweilen wird jedoch auch das *ius gentium* ein natürliches Recht genennt. Man vergleiche §. 1. mit §. 5. und 41. *I. de rer. divis.* und *L.* 2. mit *L.* 4. *D. eod.*

lichkeiten her [54]). Allein heutiges Tages nehmen wir Ius gentium in jener römischen Bedeutung nicht, sondern verstehen darunter das eigentliche Völkerrecht, das ist, den Inbegriff solcher Rechte und Verbindlichkeiten, welche freye Völker und unabhängige Staaten gegen einander zu beobachten haben; und dieses kann auch ein Positivrecht seyn, insofern es sich auf Verträge oder Gewohnheiten gründet [55]). Ob nun gleich nicht zu läugnen ist, daß die römischen Juristen unter dem *iure Gentium* vorzüglich das Naturrecht im heutigen Sinne verstanden haben [56]), so lassen uns doch verschiedene Stellen in dem römischen Gesetzbuche nicht ohne Grund vermuthen, daß die Römer auch ein ius gentium positivum angenommen haben. **Justinian** rechnet wenigstens im §. 2. I. de iure nat. gent. et civ. ausdrücklich auch dasjenige Recht zum iure gentium, *quod usu exigente et humanis necessitatibus gentes sibi constituerunt*; wenn es gleich dem natürlichen Recht zuwider seyn

sollte.

54) *L.* 2. *L.* 5. *D. h. t.* Ueber die letztere Stelle verdient insonderheit *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano a. a. O. Exercit. 3. u. fgg. verglichen zu werden.

55) S. Höpfners Naturrecht §. 215. Freyh. von Ompteda Abhandlung von dem Umfange des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts, vor Desselben Litteratur des Völkerrechts. 1. Th. Regensburg 1785. 8. und Martens Versuch über die Existenz eines positiven Europäischen Völkerrechts. Göttingen 1787. 4. Anderer Meinung ist *de* EGGERS in Institutionibus iuris civitatis publici et gentium universalis. *Hafniae* 1796. 8. Prolegom. §. 5. pag. 7.

56) S. Freyh. von Ompteda angef. Litteratur des Völkerrechts 1. Th. §. 37 — 43.

sollte. So z. B. leitet er Kriegsgefangenschaft und Sclaverey aus dem iure Gentium her, und bemerkt dabey, daß beydes dem natürlichen Rechte ganz entgegen sey, weil nach dem Naturrecht alle Menschen freyer Geburt wären. Mit ihm stimmt auch Ulpian überein, wenn er in der *L. 4. h. t.* die Manumission oder Entlassung der Sclaven aus der Gewalt und dem Eigenthume ihres Herrn zum iure Gentium rechnet. Hieraus ergiebt sich, daß die römischen Juristen eigentlich ein zweyfaches Ius gentium angenommen haben. Erstens ein natürliches, nach welchem alle Menschen leben, was schon die gesunde Vernunft lehrt, und dem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben ist. Ein Recht, was nicht von Menschen eingeführt, sondern von Gott selbst durch unveränderliche Gesetze mit der menschlichen Natur wesentlich verknüpft worden ist. Von diesem ist die Stelle in Justinians Institutionen zu verstehen, wo es §. 11. *de I. N. G. et C.* heißt: Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent. Sodann ein positives, was zwar die Menschen mit einander gemein haben, aber doch nur von Menschen des gemeinen Nutzens und der Nothwendigkeit wegen ist eingeführet worden. Das erstere wird von einigen Ius gentium *primarium*, das letztere aber *ſecundarium* genennet [57].

Von

57) Verschiedene Rechtsgelehrte verwerfen zwar diese Eintheilung, und halten den §. 2. *I. de Iur. Nat. gent. et civ.* für einen Irrthum des Tribonians. Unter diesen zeichnen sich besonders CONNANUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 6. HERTIUS in Commentat. de Lytro Sect. I. §. 2. ſqq. (in *Opuſcul.* Tom.

Von dem iure naturali und gentium in der erklärten Bedeutung unterschieden nun die Römer das *Ius Civile*: und verstanden darunter überhaupt das positive Recht eines einzelnen Staats. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, sagt Gajus in der *L. 9. h. t.* id ipsius proprium civitatis est: vocaturque *ius civile*, quasi ius proprium ipsius civitatis. Inzwischen wird der Ausdruck *ius civile* auch noch in anderer Bedeutung genommen. So nennt man einmahl das römische Recht schlechtweg das bürgerliche Recht [58]. Zuweilen wird das *ius civile* auch nur dem iuri praetorio entgegen gesetzt, und darunter dasjenige römische Recht verstanden, quod ex Legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, et auctoritate Prudentum venit, wie Papinian sagt [59].

§. 12.

Eintheilung des bürgerlichen Rechts in allgemeines und besonderes.

Insofern man unter dem Civilrecht nach dem römischen Begriffe das positive Recht eines Staats verstehet,

 so

Tom. I. pag. 225. sqq.) und *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. aus. Allein *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. Lib. I. Exercitat. 3. pag. 56. sqq. hat die Gründe derselben vollkommen widerlegt. Man vergleiche noch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. c. l. Not. y. pag. 34. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 8. et 9.

58) *§. 2. I. de Iur. nat. gent. et civ.* Sed *ius* quidem *civile* ex unaquaque civitate appellatur. Sed quoties non addimus nomen, cuius sit civitatis, *nostrum ius* significamus.

59) *L. 7. D. h. t.* S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 30. Not. 4.

so kann dasselbe freylich seiner Natur nach kein anderes, als ein particuläres Recht seyn, und es läßt sich also solches in jenem Verstande auf keine Weise in ein allgemeines und besonderes eintheilen. Allein nimmt man bürgerliches Recht für ein solches Recht, welches unter Menschen Statt findet, die als Bürger eines Staats betrachtet werden, so läßt sich ein allgemeines bürgerliches Recht mit unserem Verfasser insofern allerdings annehmen, als ein solches Recht a priori aus der Natur einer bürgerlichen Staatsgesellschaft erkannt und hergeleitet werden kann. Denn daß die Menschen, als Bürger eines Staats betrachtet, gar keine anderen, als die Rechte der Menschen im Naturstande, gegen einander haben sollten, ist wohl mit Grunde nicht zu behaupten, da durch den Eintritt derselben in den Staat manche Veränderungen in den Rechten einzelner Menschen gegen einander nothwendig geschehen müssen [60]), deren Grenzen das allgemeine bürgerliche Recht bezeichnet [61]).

§. 13.

Eintheilung des Rechts in Staats- und Privatrecht.

Das Recht wird nun auch II. nach seinem Gegenstande in das Staats- und Privatrecht eingetheilt. Staats-

60) S. *Car. Ferd.* SCHMID Diss. de iuribus singulorum hominum naturalibus propter societatem civilem immutandis. *Vitembergae* 1788.

61) Hr. Prof. Hufeland hat dieses allgemeine bürgerliche Recht zuerst in seinen Lehrsätzen des Naturrechts, IV. Theile, nach bestimmten Grundsätzen wissenschaftlich bearbeitet.

Staatsrecht nennt unser Verfasser einen Inbegriff von Gesetzen, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten und der Unterthanen gegen einander bestimmt werden. Privatrecht hingegen ist ihm der Inbegriff solcher Gesetze, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen gegen einander selbst bestimmen. Es ist bekannt, daß bey Bestimmung des Begriffs des Staatsrechts die Staatsrechtslehrer selbst nicht einig sind, indem einige, zu denen unser Verfasser gehört, dabey auf das Subject, nämlich auf den Regenten und die Unterthanen, im Verhältniß gegen einander betrachtet, sehen; andere die Rechte und Verbindlichkeiten der höchsten Gewalt zum Mittelpunct ihres Begriffs machen; noch andere auf die Staatsverfassung, die Verwaltung der höchsten Gewalt darinn, und derselben Verhältniß gegen Auswärtige gesehen haben wollen [62]. Dem sey indessen wie ihm wolle, so verdient wohl unter diesen so verschiedenen Begriffen der von unserm Autor angenommene den wenigsten Beyfall, indem hierdurch offenbar alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche das Verhältniß eines Staats gegen Auswärtige betreffen, ausgeschlossen werden, mithin jener Begriff in dieser Rücksicht ohne Zweifel zu eng ist. Der richtigste und vollständigste Begriff vom Staatsrecht ist unstreitig der, wenn man sich darunter einen Inbegriff von Gesetzen denkt, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche die innere Verfassung und Regierung eines Staats sowohl, als des-

62) Man findet eine gründliche Prüfung dieser verschiedenen Begriffe in des Hrn. Hofr. Schnauberts gelehrten Schrift de Analogia iuris publici Imperii, in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmst. 1785. §. 1.

sen Verhältniß gegen Auswärtige betreffen, bestimmt werden [63]). Privatrecht würde hingegen der Inbegriff derjenigen Gesetze seyn, welche die Staats- und Regierungsverfassung nicht betreffen. Das Staatsrecht kann wieder in das allgemeine oder natürliche [64]), und in das besondere oder positive eingetheilet werden, je nachdem die zu demselben gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten entweder schon aus dem Begriffe eines Staats herfliessen, und daher allen Staaten gemein sind, oder sich auf besondere Verträge und positive Gesetze gründen, und daher nur diesem oder jenem Staate eigen sind. Zu dem letztern gehört das teutsche Staatsrecht, worunter man den Inbegriff derjenigen Gesetze verstehet, welche die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Verfassung und Regierung des teutschen Staats bestimmen. Dieses ist entweder Reichsstaatsrecht (Ius publicum Imperii s. imperiale) oder Landesstaatsrecht, (Ius publicum territoriale) je nachdem es entweder die Staatsverfassung des ganzen teutschen Reichs überhaupt, als einen Staatskörper betrachtet, zum Gegenstande hat; oder die Regierungsverfassung der besondern teutschen Reichslande betrift. Ersteres pflegt zwar das allgemeine, und letzteres das besondere teutsche Staatsrecht von den Publicisten genennt zu werden, allein die Eintheilung in Reichs- und Lan-

63) Daß Staatsrecht auch noch in anderer Bedeutung für Staatsrechtsgelehrsamkeit (Iurisprudentia publica) genommen werde, wird in der Folge bey Entwickelung der mancherley Theile der in Teutschland üblichen Rechtsgelahrtheit gesagt werden.

64) S. Theod. Schmalz natürliches Staatsrecht. Königsberg 1794.

Landesstaatsrecht ist der teutschen Verfassung angemessener [65]). Dies sind die heutigen Begriffe von Staats- und Privatrecht; wir wollen nun aber auch noch die Begriffe hinzufügen, die sich die alten römischen Juristen davon gemacht haben. Ulpian [66]) sagt: *Publicum ius* est, quod ad statum rei Romanae spectat: *Privatum*, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. *Publicum ius* in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Staatsrecht nannten sie also eigentlich dasjenige Recht, was die römische Staatsverfassung betrift, und diejenigen Gesetze in sich begreift, welche hauptsächlich die öffentliche Sicherheit und das Wohl des ganzen Staats zum Endzweck haben. Zu diesem rechneten sie wegen der genauen Verbindung der römischen Religion mit dem Staatssystem auch das *Ius sacrum*, welches theils *feciale*, theils *augurale*, theils *pontificium* war [67]). Ferner das Criminalrecht, weil Bestrafung der Verbrechen die öffentliche Sicherheit zum Endzweck hat [68]). Privatrecht hingegen war ihnen alles dasjenige Recht, welches zu-

65) S. Hofr. Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande. Jena 1787. 8. und Joh. Richard Roths Staatsrecht deutscher Reichslande. Mainz 1788. 8.

66) *L.* 1. §. 2. *h. t.*

67) Vid. *Io. Frid.* EISENHART Diss. de iure publico Pop. Rom. *ad L.* 1. §. 2. *D. de I. et I.* Helmst. 1764. *Franc. Car.* CONRADI Disp. de Fecialibus et iure Feciali Pop. Rom. Helmst. 1734. *Io. Iac.* MASCOV Diss. de Iure auspicii apud Rom. Lips. 1721. und *Iac.* GUTHERIUS de veteri iure pontificio urbis Romae. (in *Thesaur. Antiquit. Rom.* GRAEVII Tom. V.)

68) S. Hugo Lehrbuch des classischen Pandectenrechts. 1. Band. §. 2.

nächst bloß den Vortheil der einzelnen Bürger zur Absicht hat. Ausser jener eigentlichen Bedeutung des Iuris publici finden wir jedoch noch manche andere Bedeutungen dieser Benennung in den römischen Gesetzen, welche merkwürdig sind. So wird unter *ius publicum* bisweilen ein solches Recht verstanden, welches lediglich von der ausdrücklichen Concession der Gesetze abhängt, und daher nur allein demjenigen zusteht, der die vom Gesetz dazu erforderten Eigenschaften hat, auch anders nicht, als auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art und Weise ausgeübt werden kann. In dieser Bedeutung sagt **Papinian** in der *L. 3. D. Qui testamenta fac. poss.* die Testamenti factio sey *iuris publici*, denn das Recht ein Testament zu machen, so wie die Form der Testamente, hängen lediglich von der Vorschrift der Gesetze ab, wovon der Wille der Privatpersonen keine Abänderung machen kann [69]). Sodann wird *ius publicum* auch für ein solches Recht genommen, was um des gemeinen Bestens willen eingeführt ist, wenn es auch gleich nicht den ganzen Staat, sondern nur zunächst Privatpersonen angehet. So wird z. B. in der *L. 1. §. 9. D. de Magistrat. conveniend.* das Recht des Mündels, sich wegen erlittenen Schadens, in Ermanglung anderweitiger Deckung, an dem Vormundschaftsgericht zu regreßiren, wenn selbiges bey der geschehenen Bestellung des Vormunds einer Nachläßigkeit oder Pflicht-
ver-

69) Daß die Stelle Papinians nicht blos auf die Frage einzuschränken, wer ein Testament machen könne, sondern ihrer Absicht nach auch auf innere und äussere Testamentsform gehe, hat Hr. Prof. Westphal in der Theorie der R. R. von Testamenten 1. Kap. §. 12. richtig bemerkt. S. auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. Qui testam. fac. possunt nr. X. p. 172.

vergeſſenheit überwieſen werden kann, *ius publicum* [70]) genennt. Hieraus erklärt ſich auch, wenn Papinian in der *L.* 38. *D. de pactis* ſagt: ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt; welches den Sinn hat, was die Geſetze zum gemeinen Beſten verordnet haben, kann durch Privatverträge zum Nachtheil Anderer nicht abgeändert oder aufgehoben werden. Denn durch Verträge können die Paciscenten nur über ihr eigenes Intereſſe diſponiren; allein Andern Rechte und Vortheile zu entziehen, oder zu mindern, welche ihnen das gemeine Recht geſtattet, ſind ſie nicht befugt [71]). Endlich wird *Ius publicum* auch alles dasjenige genennet, was die Verwaltung eines öffentlichen Amts oder einer Staatsbedienung betrift. Wenn z. B. in der *L.* 14. *D. ad Sctum Trebell.* geſagt wird: Quod ad *ius publicum* attinet, non ſequitur ius poteſtatis, ſo heißt dieſes, wie ſich aus dem Zuſammenhange mit der *L.* 13. §. 5. *D. eodem* ergiebt, ſoviel, daß der Vater dem Sohne in Amtsſachen nichts zu befehlen habe, wenn dieſer ein öffentliches Amt bekleidet, und z. E. als Conſul oder Prätor handelt. *Non ſequitur*, nämlich filiusfamilias, *ius poteſtatis*, nämlich patriae, wie dieſe Stelle Joſeph Fineſtres [72]) ganz richtig erklärt hat. Denn die Emendation des Cornelius van Bynckershoek [73]), welcher *non ſequimur* (i. e. non obſervamus, non

70) Ein anderes Beyſpiel enthält die *L.* 20. *pr. D. de Religioſ.*

71) S. *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. X. §. 6.

72) in Hermogeniano Tom. II. Lib. VI. pag. 1049. u. fg. Siehe auch *Chriſt. Gottl.* EINERT Obſervation. iur. Romani. (*Lipſiae* 1772.) Cap. 3.

73) in Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 18.

non attendimus ad patriam potestatem,) lesen will, scheint mir völlig überflüssig zu seyn [74].

§. 14. a.

Eintheilung des Rechts in Permissiv- und Zwangsrecht, und verschiedene Gattungen des letztern.

Das Recht, für einen Inbegriff von Gesetzen genommen, wird ferner III. seiner Wirkung nach in Permissiv- und Zwangsrecht eingetheilt. Ersteres (ius permissivum) enthält solche Gesetze, welche ein Recht oder moralisches Vermögen etwas zu thun oder zu unterlassen, ertheilen. So z. B. geben die Gesetze jedem, der sui iuris, und mündig ist, das Recht, ein Testament zu machen. Eben so erlauben auch die Gesetze einem Vater, seinen noch unmündigen Kindern in seinem Testamente einen Vormund zu ernennen. Letzteres, das *Ius cogens*, enthält im Gegentheil solche Gesetze, welche eine Handlung gebieten oder verbieten. Permissivgesetze legen nun zwar demjenigen, dem dadurch etwas verstattet oder ein gewisses besonderes Recht ertheilet wird, der Regel nach keine Verbindlichkeit auf, sich desselben zu bedienen, sondern überlassen solches seiner Willkühr; es muß nur nicht 1) das mir verstattete Recht mit der Befugniß eines Andern in einer solchen Verbindung stehen, daß durch den Nichtgebrauch meines Rechts das Recht des andern verletzt werden würde. So kann z. B. ein filiusfamilias sich ohne Wissen und Willen seines Vaters der Rechtswohlthat des Macedonianischen Rathsschlusses

74) Von den mancherley Bedeutungen des Ausdrucks *ius publicum* handelt ausführlich Ulrich Huber in seinen Digressionib. Iustinianeis Part. II. Lib. I. Cap. 21. §. 3. u. folg.

schlusses rechtsgültig nicht begeben [75]); auch darf kein Geistlicher seinem befreyeten Gerichtsstande ohne Consens des ordentlichen geistlichen Richters entsagen [76]). Es muß auch nicht 2) die Ausübung meines Rechts in einen gewissen Zeitraum eingeschränkt seyn, nach dessen Ablauf mein Recht erlöscht. So z. B. sind die Klagen, die die Gesetze mir ertheilen, zwar iuris permissivi, ich muß sie aber doch binnen der gesetzlich bestimmten Zeit anstellen, wenn sie nicht verjähren sollen. Allein einem jeden andern verbinden solche Gesetze, welche das ius permissivum ausmachen, vollkommen, der rechtmäßigen Ausübung des mir verstatteten Rechts keine Hindernisse in den Weg zu legen. In dieser Hinsicht läßt sich die Eintheilung des Rechts in ius *permissivum* und ius *cogens* wohl vertheidigen, ob sie schon von einigen Rechtsgelehrten, wiewohl ohne genugsamen Grund, hat verworfen werden wollen [77]). Ja sie ist selbst in den römischen Gesetzen deutlich gegründet; denn so sagt **Modestinus** [78]) ausdrücklich: Legis virtus haec est: imperare,

75) Struben in den rechtlichen Bedenken. I. Th. B. 156. S. 377.

76) *cap.* 12. *X. de foro compet.* quia pacto privatorum iuri publico minime derogatur. S. *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 6. §. 243. not. b.

77) GROTIUS de I. B. et P. Lib. I. c. I. §. 9. PUFFENDORF de Iur. Nat. et Gent. L. I. c. 6. §. 15. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Allein man sehe nach *Henr. Gottl.* SCHELLHAFER Diss. de indole legis permittentis. *Lipsiae* 1729. und *Frid. Lud.* DOERING Diss. de quadruplici Legis virtute. Erford. 1776. §. 5.

78) *L. 7. D. de Legib.*

rare, vetare, *permittere*, punire. Obligativgesetze hingegen schliessen alle Willkühr zu handeln aus, und legen allen und jeden die vollkommene Verbindlichkeit auf, dasjenige, was dieselben befohlen haben, zu thun, und was sie verboten haben, zu unterlassen, wenn man sich nicht die auf den entgegengesetzten Fall eintretenden nachtheiligen Folgen zuziehen will. Daher wird das ius cogens wieder in ein gebietendes (ius praeceptivum) und ein verbietendes Recht (ius prohibitivum) eingetheilet, nachdem es entweder etwas zu thun oder etwas zu unterlassen anbefiehlt. Das verbietende Recht kann wieder sehr verschieden seyn. Manche Handlungen verbietet schon das Naturrecht (ius prohibitivum *naturale*); manche Handlungen hingegen sind natürlich erlaubt und verbindlich, aber die bürgerlichen Gesetze verbieten sie (ius prohibitivum *positivum*). Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte Handlung zu verbieten, sehr verschieden seyn können, so lassen sich hieraus wieder verschiedene Classen des verbietenden Positivrechts formiren. Der Grund des bürgerlichen Verbots ist entweder aus der Handlung an sich, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten, oder aus dem persönlichen Verhältniß derselben herzuleiten. Im erstern Falle entstehet ein allgemein verbietendes Positivrecht (ius prohibitivum positivum *obiective tale*), welches diejenigen Fälle in sich begreift, wo die Handlung nicht blos gewissen Personen, sondern ganz allgemein verboten ist, weil die uneingeschränkte Freyheit, sie zu unternehmen, schädliche Folgen für den Staat haben kann. Hierher gehören die Hazardspiele [79]), der

79) L. 3. C. *de Aleator.*

der unerlaubte Zinswucher [80]), der commissorische Vertrag bey Verpfändungen [81]), der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterliche Genehmigung, entsaget wird [82]), u. d. m. Im letztern Falle, wenn die bürgerlichen Gesetze blos gewissen Personen, die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, entzogen haben (ius prohibitivum positivum *subiective tale*), lassen sich wieder zwey Fälle annehmen. Einige Personen schliessen die verbietende Positivgesetze zu ihrem eigenen Besten von gewissen rechtlichen Handlungen aus, weil sie annehmen, daß es ihnen an der erforderlichen Einsicht, Ueberlegung und Freyheit des Willens fehle, oder daß sie doch wenigstens der Uebereilung und ungebührlichen Verleitung vorzüglich ausgesetzt sind, dahin gehören z. B. die Bürgschaften und sonstigen Intercessionen der Frauenspersonen, deßgleichen die rechtlichen Geschäfte der Unmündigen und Minderjährigen, auch solcher Personen, welche gerichtlich für Verschwender erklärt sind, ohne Einwilligung der Vormünder. Andere Personen hingegen entfernt das bürgerliche Verbot von Eingehung gewisser Rechtshandlungen, weil es die Wohlfarth des Staats erfordert. So ist z. B. den Richtern das Annehmen der Geschenke untersagt, wenn auch an sich keine unerlaubte Absicht dabey obwalten sollte [83]). Ferner darf keinem Christen die Schuldforderung eines Juden an

80) Ref. Polic. Ordn. von 1530. tit. 26. von 1548. tit. 17. und 1577. tit. 17.

81) *L. ult. C. de pact. pign.*

82) *L. 8. pr. D. et L. 8. C. de transact.*

83) *L. 6. C. ad L. Iul. repetund. Nov. 8.* und 161.

an einen Christen abgetreten werden[84]), nicht weniger ist die Cession an einen Mächtigern verboten[85]). Hierher gehören auch die verbotenen Heyrathen unter gewissen Personen, theils wegen zu naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, theils wegen anderer Ursachen. Die Classification dieser verschiedenen Gattungen des verbietenden Rechts wird uns in der Folge manchen Nutzen schaffen[86]). Zuletzt kann das Prohibitivrecht auch in ein durchaus verbietendes (*ius absolute prohibitivum*) und solches, was nicht durchaus und schlechterdings, sondern nur hypothetisch verbietend ist, (*ius secundum quid prohibitivum*) eingetheilt werden.

§. 14. b.

Wirkung solcher Handlungen, welche mit den Obligativgesetzen nicht übereinstimmen.

Es fragt sich, wenn eine Handlung einem Zwangsgesetz zuwider ist, ob sie deswegen schlechterdings für null und nichtig zu achten sey? Man mache einen Unterschied, ob das Gesetz eine Handlung geradezu verbietet, oder nicht, sondern ihr nur bloß eine Form vorschreibt, welche bey der Unternehmung derselben zu beobachten ist. Daß in dem erstern Falle die gegen das verbietende Gesetz unternommene Handlung nichtig

84) R. A. vom Jahr 1551. §. diesem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es soll auch.

85) *L. 2. C. ne liceat potentioribus.*

86) Siehe Hrn. Prof. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. 66. und 67.

nichtig sey, ist keinem Zweifel unterworfen[87]). Schon die gesunde Vernunft überzeugt uns davon. Denn indem die Gesetze diese oder jene Handlung verbieten, so wird eben dadurch den Unterthanen die moralische Befugniß, dieselbe zu unternehmen, entzogen. Gleichwie nun von dieser Befugniß die Gültigkeit und rechtliche Wirkung der Geschäfte abhängt; so verstehet es sich von selbst, daß das bürgerliche Verbot die Nichtigkeit solcher Handlungen, welche dagegen unternommen werden, unausbleiblich nach sich ziehen müsse[88]). Es bestätigen aber auch das nämliche die deutlichsten Gesetze. Sehr bestimmt ist die Verordnung der Kayser Theodosius und Valent. in der *L.* 5. *C. de Legib.*[89]), welche folgendes Inhalts ist: Nullum pactum, nullam con-

87) Man sehe hier vorzüglich Webers angef. systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. S. 321. ff. und *Greg.* MAJANSII Diss. de factis contra legem. (in EJUSDEM *Disputat. iur. civ.* Tom. I. *Lugd. Batav.* 1752. 4. Disp. XII.)

88) S. PUFFENDORF in I. N. et G. Lib. III. cap. 7. §. 6. Zwar meint GROTIUS de Iure B. et P. Lib. II. c. 5. §. 14. n. 4. et 10. es sey noch ein Unterschied unter verbieten, und eine Handlung nichtig machen; und ersteres schliesse das letztere nicht nothwendig in sich, indem dem Verbot auch durch eine Strafe ein Genüge geschehen könne. Allein Herr Regierungsrath Eichmann hat diese Meinung in seinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts I. Th. S. 31. gründlich widerlegt.

89) Die Distinction des ältern Röm. Rechts inter *leges perfectas, imperfectas* et *minus quam perfectas,* die ich schon oben S. 51. u. 52. erläutert habe, übergehe ich hier um so mehr, da sie durch das neuere Röm. Recht gänzlich aufgehoben worden ist.

conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad *omnes* etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas trahi, *generaliter* imperamus: ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuiſſe* tantum ſufficiat: caeteraque, quaſi expreſſa ex legis liceat voluntate colligere; hoc eſt, *ut ea, quae lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolum inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur:* licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec ſpecialiter dixerit, *inutile eſſe debere, quod factum eſt.* Hiermit ſtimmt auch das kanoniſche Recht überein, denn das *cap. 64. de Reg. iuris in 6to* ſagt ausdrücklich: quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi. So deutlich nun dieſe Geſetze reden, ſo ſehr muß man ſich billig wundern, wenn dennoch die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber ſo verſchieden ſind. Einige halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur ſodann auch zugleich als nichtig angeſehen werden könne, wenn das Geſetz dieſes ausdrücklich verordnet hätte [90]). Andere laſſen zwar unſern obigen Satz, als Regel, gelten, aber ſie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Geſetze etwas bey Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung ſelbſt für nichtig zu erklären, ſodann zwar die Strafe verwirkt ſey, das verbotene Geſchäft ſelbſt aber ſeinen ungehinderten Fortgang behalte [91]). Allein es kann die eine Mei-

90) So denken VOETIUS in Comment. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 16. *Io. Steph.* PÜTTER in Theoria generali de nullitate. Goetting. 1759. §. 17. und 20. *Aug. Wilb.* MEIER in Comment. de nullitate ſententiar. ſanabili et inſanabili. Goetting. 1777. §. 5.

91) Dies iſt beſonders die Meinung des VINNIUS in Select. Quaeſt. iuris Lib. 1. c. 1.

Meinung so wenig, wie die andere, gerechtfertiget werden, weil, was die erstere anbetrift, eines theils nicht abzusehen ist, warum dasjenige, was doch schon die Natur der Sache mit sich bringet, noch erst durch besondere gesetzliche Vorschriften angeordnet seyn müste, andern Theils aber auch durch die oben angeführten Gesetze die Ausdrückung der Nichtigkeits-Clausul bey verbietenden Gesetzen schlechterdings für unnöthig erkläret wird; nach der andern Meinung aber die offenbare Ungereimtheit zugelassen werden müßte, daß die im Gesetz gedrohete Strafe, welche doch nach der Absicht des Gesetzgebers den Unterthan von Unternehmung der verbotenen Handlung noch mehr zurückhalten soll, ein Mittel werden könne, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche moralische Befugniß beyzulegen [92]). Das Strafgesetz gründet keinen Vertrag mit dem Verbrecher, daß ihm gegen die Unterwerfung unter eine gewisse Strafe die Vollziehung der gesetzwidrigen Handlung verstattet werden solle [93]); vielmehr verordnen die Gesetze ganz ausdrücklich, daß ausser der verwirkten besondern Strafe die verbotene Handlung an sich nichtig sey [94]). Noch zweyerley ist jedoch hierbey zu bemerken.

92) Man sehe, was Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 325. und folgg. mit dem ihm eignen Scharfsinn hierüber gesagt hat. Vergleiche auch *Car. Christoph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. Lib. I. cap. VI. Tit. III. §. 210.

93) Kleins Grundsätze des gemeinen teutschen und preuß. peinlichen Rechts §. 1. und 13. und Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts I. Th. §. 1.

94) *L. 4. L. 6. cum Auth. seq. Cod.* de incest. *et inutil. nupt. L. un. Cod. Si quacunque praeditus potestate. L. penult. Cod.* *de*

Erstens, daß obige Regel in einigen Fällen gewissermaßen eine Ausnahme findet, wo verbotene Rechtsgeschäfte nach der Verordnung der Gesetze nichts destoweniger aufrecht bleiben. Forschen wir jedoch dem Grunde davon genau nach, so wird sich bald ergeben, daß in andern Fällen keinesweges das nämliche zu behaupten sey. Wir wollen nun einige dieser Ausnahmen selbst prüfen. So ist z. B. bekannt, daß, wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs sich ohne erhaltene Dispensation anderweitig verheyrathet, zwar hierdurch die gesetzliche Strafe verwirkt, jedoch die, obgleich verbotene, Ehe selbst nicht annulliret werde[95]). Der Grund hiervon ist kein anderer, als dieser; weil die zweyte Verheyratung an sich und überhaupt den Gesetzen nicht zuwider ist, sondern das Verbot sich nur auf eine gewisse Zeit beschränkt: folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe theils über die wahre Absicht des Gesetzgebers hinausgehen, theils mit noch schädlichern Folgen verknüpft seyn würde, als diejenigen sind, welche das Verbot der zu frühen Heyrath verhüten soll; ohne einmal die letztere selbst, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können[96]). Eben dieser Umstand, daß die Aufhebung eines gegen das gesetz-

de interdict. matrim. inter pupill. et tutor. **L.** *ult.* **D.** *de ritu nuptiar.* **L.** 38. **D.** *ad* **L.** *Iul. de adulter.* S. *Greg.* MAJANSII angef. Differt. §. 5.

95) S. *I. H.* BOEHMERI Ius Eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 21. §. 17. und 18. Schotts Einleitung in das Eherecht §. 106. Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts. Hauptst. 44. §. 321. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. sing. c. XVII. ingleichen Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. X.

96) Weber a. a. O. S. 327.

gesetzliche Verbot unternommenen Geschäfts ungleich schädlichere Folgen veranlassen würde, als wenn dasselbe aufrecht bleibt, ist die Ursach, warum die zwar verbotenen, aber doch dispensationsfähigen Ehen unter Anverwandten nicht wieder getrennt, sondern nur diejenigen, die sie eingegangen haben, von der Obrigkeit gestraft werden [97]). Es werden also in beyden Fällen die an sich verbotenen Ehen eigentlich erst durch die nachher erfolgte stillschweigende Dispensation gültig gemacht. Beweiß genug, wie wenig dasjenige, was hier nach besondern Verhältnissen eintritt, für alle übrige Fälle, wo die Gesetze etwas verbieten, als Regel gelten könne.

Zweytens ist noch zu bemerken, daß, wenn gegen das Verbot eines Gesetzes gehandelt worden, deswegen nicht immer gleich das unternommene ganze Geschäft für nichtig zu erklären sey, sondern nur in soweit solches dem Gesetz zuwider ist, es müßte denn etwa die vorgenommene Handlung durchaus in den Gesetzen verboten worden seyn [98]). So z. B. ist eine Schenkung, die sich über 500 Solidos beläuft, und nicht gerichtlich insinuirt worden ist, deswegen nicht ganz ungültig, sondern nur in so weit sie diese Summe übersteigt, sie gilt also doch wenigstens bis auf die erlaubte Summe [99]). Desgleichen wenn sich ein Gläubiger von seinem Schuldner mehr Zinsen hat versprechen lassen, als die

 Gese-

97) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. II. Tit. 5. §. 386. not. f. HELLFELD §. 1218.

98) S. *Gregor.* MAJANSIUS in der angef. Dissertat. §. 6. *Car. Lud.* CRELL Observat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. Vitembergae 1750. *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Diss. de effectibus actus nulliter gesti. Tüb. 1750.

99) *L.* 34. *pr.* und *L.* 36. §. 3. *C. de donat.*

Gesetze erlauben, so ist deswegen nicht die ganze Stipulation ungültig, sondern nur in so weit sie die gesetzliche Quantität der Zinsen übersteigt [100]). Auch sogar bey letztern Willensverordnungen findet dieses zuweilen statt. Z. B. wenn Eltern ein Kind ohne rechtmässige Ursache enterben, so ist ein solches pflichtwidriges Testament nicht ganz ungültig, sondern es soll nach der Nov. 115. c. 3. nur die Erbenseinsetzung auf erhobene Querel des enterbten Kindes rescindiret werden. Der Grund ist leicht einzusehen. **Justinian** will, daß Eltern ihre Kinder zu Erben ernennen sollen; es soll also den Eltern nicht erlaubt seyn, ihren Kindern den gebührenden Pflichttheil durch Schenkung, Vermächtniß oder Fideicommiß zu hinterlassen, ohne sie zu Erben einzusetzen. Haben nun die Eltern diese Vorschrift nicht beobachtet, so haben sie nur in Ansehung der Erbenseinsetzung wider das Gesetz gehandelt, nicht in Ansehung dessen, was sie sonst an Vermächtnissen, Fideicommissen, Vormundschaften u. dgl. in ihren letzten Willen verordnet haben. Also ist nur jene ungültig, alles andere hingegen bleibt aufrecht. Ich übergehe andere Beyspiele [1]), und bemerke nur noch, daß in den angeführten Fällen die bekannte Regel: utile per inutile non vitiatur [2]) eintritt, welche jedoch nicht in jedem Falle anwendbar ist, sondern nur alsdann Statt findet,

100) *L.* 29. *D. de Usuris.* Placuit, sive *supra statutum modum* quis usuras stipulatus fuerit, sive *usurarum usuras*, quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, et *licitas peti posse.*

1) Man vergleiche *L.* 5. §. 2 *L.* 31. *§.* 4. *D. de donat. inter Vir et Vx. L.* 7. *C. de inoff. donat. L.* 6. *D. ut in possess. legator. L.* 1. *C. de Usufr.* iunct. §. 2. *I. de usufr.* et *L.* 2. *D. de Usufruct. ear. rer. quae usu consum.*

2) *L.* 1. *§.* 5. *D. de Verb. obligat. Cap.* 37. *de Reg. Iur. in 6to.*

det, wenn die Vorſchrift des Geſetzes entweder nur eine gewiſſe Modification der Handlung oder gewiſſe Arten der Nebenverträge unterſagt, oder die Gültigkeit eines Geſchäfts auf eine gewiſſe Summe eingeſchränkt haben ſollte [3]).

Wenn hingegen das Geſetz nur eine gewiſſe Form vorgeſchrieben hat, welche bey Unternehmung eines rechtlichen Geſchäfts zu beobachten, ſolche aber gleichwohl vernachläßiget worden iſt; ſo behauptet man zwar auch in dieſem Falle gewöhnlich, daß ein ſolches Geſchäft, dem es an der gehörigen Form fehlt, für ungültig zu halten ſey [4]). Allein man hat bey Entſcheidung dieſer Frage die nöthige Unterſcheidung der mancherley Fälle ganz auſſer Acht gelaſſen. Die Form eines rechtlichen Geſchäfts kann von zweyerley Art ſeyn, die innere, welche zur Subſtanz und Weſen deſſelben erfordert wird; und die äußere, welche bloß zur

3) AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. I. Lib. II. c. 3. n. 11. und 12. beſtimmt den Gebrauch obiger Regel folgendergeſtalt: *Haec regula obtinet, cum lex ſtatuit certam quantitatem, quam excedere non licet: tunc enim vitiatur ſolus exceſſus, quia vitium eſt ſolummodo in exceſſu. Contra vero, quando lex ſtatuit aliquid de natura actus, eique formam praeſcribit, tunc quia vitium eſt in ipſa natura formaque actus, neceſſe eſt, ut totus actus corruat.* Man vergleiche jedoch auch Weber a. a. O. S. 330. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 220.

4) S. *Iac.* RAVE Diſſ. de effectu deficientis formae legalis in actibus, qui ius reſpiciunt. *Ienae* 1766. *Dan.* NETTELBLADT Syſtem. element. iurispr. poſitivae Germanor. comm. general. §. 187. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 214. Woltärs Grundſätze der Rechtsgelehrſamkeit für diejenigen, welche nicht Juriſten ſind. §. 25. S. 16.

Solemnisirung der rechtlichen Handlung gehört. Fehlt es nun also an der Form eines rechtlichen Geschäfts, so kann dieser Mangel entweder die innere oder die äußere Form betreffen. Im erstern Falle ist das eingegangene Geschäft entweder ganz ungültig, oder es ist wenigstens dasjenige Geschäft nicht, welches die Interessenten eingehen wollten, sondern wird zu einer andern Art rechtlicher Geschäfte übergehen. So z. B. ist ohne Trauung keine rechtsgültige Ehe unter protestantischen Privatpersonen, ferner ohne directe Erbenseinsetzung kein Testament denkbar. Wenn ich hingegen einem andern Getraide geliehen, und mir von demselben habe versprechen lassen, daß er mir, Statt des Getraides, so viel Wein wieder geben sollte, als das Getraide werth ist, so ist das Geschäft zwar kein Darlehn, allein es kann doch als ein contractus innominatus bestehen [5]). In dem andern Falle, da der Mangel die äußere Form eines rechtlichen Geschäfts angehet, ist wieder ein Unterschied zu machen, ob diese Form bloß zum Vortheil des Staats vorgeschrieben ist, um desselben Einkünfte zu versichern, oder ob sie das Beste der Unterthanen zur Absicht hat, welche die rechtliche Handlung vornehmen. In jenem Falle macht der Mangel der äußerlichen Form die Handlung an sich nicht ungültig, wenn nicht das Gesetz auf die Verletzung dieser Form die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich gesetzt hätte. Dieß ist der Fall bey dem befohlnen Gebrauche des Stempelpapieres zur schriftlichen Errichtung rechtlicher Geschäfte, dessen Mangel, wenn es nicht das Gesetz ausdrücklich verordnet, die rechtliche Handlung keinesweges unwirksam macht [6]). Hat im

5) *L. 2. pr. D. de reb. credit. L. fin. D. de praescript. verb.*

6) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCLXII. Medit. I. pag. 998.

im Gegentheil das Gesetz die äußerliche Form der Handlung in der Absicht vorgeschrieben, um die Rechte der Unterthanen dadurch zu sichern, so kommt es wieder darauf an, ob das Gesetz dem Richter eine gewisse Form bey der Bestätigung oder Beglaubigung einer bürgerlichen Rechtshandlung vorgeschrieben hat, oder den Partheyen, die diese Handlung vornehmen. Im erstern Falle kann das Versehen des Richters den Partheyen nicht zum Nachtheil gereichen, sondern es ist der Billigkeit gemäß, für die Rechtsbeständigkeit der Handlung zu sprechen [7]). In dem letztern Falle hingegen ist darauf zu sehen, ob die Form der Handlung dergestalt vorgeschrieben worden, daß ohne dieselbe kein Recht, und keine Verbindlichkeit daraus entstehen soll, oder es ist die Strafe der Nichtigkeit weder ausdrücklich auf die Vernachläßigung der Form gesetzt, noch, daß dieses die Absicht des Gesetzgebers gewesen, erweißlich. Ist das erstere, so macht das Gesetz die vorgeschriebene Form und Handlungsweise zur Bedingung des dadurch zu erwerbenden Rechts, und der dadurch zu bewirkenden Verbindlichkeit, es muß folglich die Handlung selbst, insofern es ihr an dieser Form fehlt, ohne rechtliche Wirkung seyn. Man stelle sich z. B. den Fall vor, daß ein Gesetz die schriftliche Errichtung bey einer gewissen Art der Verträge dergestalt befohlen hätte, daß in Ermangelung eines schriftlichen Aufsatzes der ganze Vertrag unver-

7) *L.* 23. *in fin. Cod. de Testament.* Nec enim concedendum est, ut suprema vota deficientium eversionis quidquam *ex incongrua insinuatione* contrahant. Add. *L.* 13. *et* 24. *Cod. eod.* S. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten I. Th. S. 232. f. und meine Rechtsfälle I. Band Nr. X. §. 4. S. 188. f. wo man verschiedene hierher gehörige Fälle erörtert finden wird.

unverbindlich seyn solle. Ist hingegen das letztere, so läßt sich nicht behaupten, daß die Handlung darum nichtig sey, weil die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist [8]). Z. B. Wenn die Gesetze vorschreiben, daß vor der Trauung die Proklamation geschehen solle, so ziehet deswegen doch die Unterlassung derselben an und für sich die Nichtigkeit der Ehe keinesweges nach sich, wenn ihr sonst kein Hinderniß entgegen stehet [9]). Wenn ferner nach den Landesgesetzen Contracte über unbewegliche Güter gerichtlich bestätiget werden sollen, so ist doch der geschlossene Contract an sich selbst, auch vor erfolgter Bestätigung, unter den Contrahenten wenigstens soweit verbindlich, daß auf die Bestätigung geklagt werden kann [10]). Da übrigens Keinem die Nichtbefolgung einer gesetzlichen Vorschrift zur Last gelegt werden kann, der solche entweder nicht gewußt, auch nicht wissen können, oder dem es wenigstens, ohne seine Schuld, schlechterdings unmöglich war, dieselbe zu beobachten; so erfor-

8) Mit diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten überein, in welchem es Th. I. Tit. 3. §. 40. heißt: Aus Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert. — §. 41. Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß die Form einer Handlung nur zur mehreren Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden.

9) S. *Ge. Lud.* BÖHMER Princip. iur. canon. §. 355. et 356. in fin.

10) Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 260.

fordert es die Billigkeit, unter ſolchen Umſtänden, des in Anſehung der Form vorhandenen Mangels ungeachtet, dennoch für die Rechtsgültigkeit der Handlung zu ſprechen[11]).

§. 14. c.

Findet gegen verbietende Geſetze eine gültige Entſagung ſtatt?

Noch eine Frage iſt zu erörtern übrig, nämlich: ob gegen verbietende Vorſchriften der Geſetze eine Entſagung ſtatt finde? Nach der Natur verbietender Geſetze können wir hierauf anders nicht als mit Nein antworten. Denn denken wir uns ein verbietendes Geſetz, ſo läſſet ſich damit nicht vereinigen, daß es den Unterthanen erlaubt ſeyn ſollte, demſelben nach Gutdünken entgegen zu handeln. Nun würde aber die Freyheit, dem bürgerlichen Verbote zu entſagen, offenbar eine ſolche Befugniß involviren. Es beſtätigen auch ſelbſt die Geſetze dieſe Regel, daß gegen verbietende Geſetze keine gültige Entſagung ſtatt finde, eben ſo klar. So heißt es unter andern in der L. 6. C. de pactis ganz ausdrücklich: *Pacta, quae contra leges conſtitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris eſt*[12]). Weil aber dennoch in einigen Fällen die Geſetze

11) ***L.*** **183.** ***D.*** ***de Reg. iur.*** Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus· tamen *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum eſt. Add. ***L.*** **7.** ***D. de in integr. reſtit.*** Vergleiche auch ***Io. Ern. Iuſt.*** MÜLLER Obſervat. pract. ad LEYSERI Meditat. ad Pandect. Tom. I. Faſc. I. Obſ. 5. und vorzüglich Kleins Abhandlung über den Unterſchied der Form und des Weſens der Gerechtigkeit, in Deſſelben Annalen VI. Band. S. 32. f. f.

12) Man vergleiche daneben ***L.*** **7.** ***§.*** **14.** ***D. de pactis*** und ***L.*** **15.** ***D. de condit. inſtitut.***

setze selbst von dieser Regel abweichen, und eine Entsagung dagegen zulassen, so hat dieses zu mancherley Distinctionen, und besondern Regeln in den Systemen und Commentarien der Rechtsgelehrten Gelegenheit gegeben. Einige wollen unsere Regel zwar in so weit gelten lassen, wenn man ihr den Sinn beylegt, daß niemand durch seine Erklärung bewirken könne, daß etwas erlaubt werde, was das Gesetz verbietet; allein, wenn der Sinn der Regel dieser seyn sollte, niemand könne gültig sich erklären, daß er sich seines Rechts in Ansehung desjenigen nicht bedienen wolle, was die Gesetze ihm zum Besten verboten haben, so gelte diese Regel zwar bey absolut verbietenden Gesetzen, bey legibus secundum quid prohibitivis hingegen finde sie keine Anwendung[13]). Allein ich zweifle, ob diese Distinction eine in jedem Falle untrügliche Norm geben werde. Es ist doch wohl unleugbar, daß die römische Verordnung von Schenkungen unter den Lebendigen, welche die Summe von 500 Solidis übersteigen, nur ein Lex secundum quid prohibitiva sey, denn solche Schenkungen werden nicht schlechterdings verboten, sondern sie sollen nur nicht ohne gerichtliche Insinuation geschehen. Es ist auch wohl gewiß, daß bey dieser Verordnung hauptsächlich das Beste des Schenkenden beabsichtiget worden sey, um denselben für übereilte und unbedachtsame Schenkungen beträchtlicher Summen zu verwahren; und dennoch kann diesem Verbote nicht

13) So urtheilt der seel. Geh. Rath Nettelbladt in s. Systhem. Element. Iurisprud. positivae Germ. communis general. Lib. I. Sect. V. M. II. C. II. Tit. 2. §. 458.

nicht rechtsgültig renunciirt werden. Andere [14]) machen einen Unterschied, ob der Grund des verbietenden Gesetzes vorzüglich in der Wohlfahrt des Staats liege, und dann finde schlechterdings keine Entsagung statt, dies sey der Sinn der *L.* 38. *D. de pactis*: ius publicum pactis privatorum mutari non potest; oder ob das verbietende Gesetz vorzüglich nur das Interesse gewisser Personen zum Grunde habe, in diesem letztern Falle will man zwar eine Renunciation zulassen, aber man fügt wieder so viele Einschränkungen hinzu, daß hierdurch die aufgestellte Regel beynahe ganz wieder umgestossen wird. Man sagt nämlich, wenn von solchen verbietenden Gesetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfarth zur Absicht haben, oder von Personen, welche wegen ihres Geschlechts, Alters u. s. f. nichts zu ihrem Nachtheil vornehmen können, oder von solchen Rechten, wobey zugleich das Interesse eines dritten obwaltet, die Rede sey, so gelte die Entsagung nicht. Aus allem diesen erhellet also so viel, daß man den sichersten Weg erwählet, wenn man die Zuläßigkeit der Entsagung in der Regel verneinet, und nur insofern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte selbst solche in einzelnen Fällen bestättiget haben [15]). So kann z. B. eine Ehefrau nach Justinianeischen Rechten in gewissen Fällen dem Vellejanischen Senatuscon-

sulto

14) Dieser Meinung ist Hr. Hofr. Hartleben in seinen Meditat. ad Pand. Spec. 8. welchem Hr. Reg. R. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 35. und folg. ganz beygetreten ist.

15) Eben so denkt Herr Prof. Weber in Entwickelung der der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 74. Vergleiche auch *Ge. Steph.* WIESAND Diss. Utrum et quatenus legibus praesertim prohibitivis renunciari possit? *Viteb.* 1792.

sulto gültig entsagen [16]), wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Was übrigens der Eid bey solcher Entsagung gegen die Vorschrift verbietender Gesetze wirke, werde ich ebenfalls zu seiner Zeit lehren. Nur das einzige muß ich noch bemerken, daß auch schlechterdings gebietende Gesetze ihrer Natur nach eben so wenig, als verbietende, durch privat Verträge der Unterthanen abgeändert oder aufgehoben werden können. Bey hypothetischen Gesetzen, deren Befolgung der Gesetzgeber nicht so durchaus und schlechterdings erfordert, sondern welche nach der Absicht desselben nur in Ermangelung besonderer Verabredungen zur Entscheidungsnorm dienen sollen, ist es freylich anders.

§. 15.

Eintheilung des Permißiv-Rechts in *ius absolute permissivum* und *secundum quid tale.* Was sind *res s. actus merae facultatis?*

Denkt man sich unter dem Permissivrecht einen Inbegriff von Gesetzen, die ein Vermögen, eine gewisse Handlung vorzunehmen (facultatem agendi), oder auch sonst eine gewisse Freyheit, oder Rechtswohlthat ertheilen, so kann ein solches Recht wieder von zweyfacher Art seyn. Die Gesetze haben entweder hierbey alles der eignen Willkühr des Handelnden überlassen, ob und was er von der ihm verstatteten Befugniß für einen Gebrauch machen will, ohne seiner Willkühr hierin Schranken zu setzen; oder sie haben bey der Ausübung des verstatteten Rechts die Willkühr des Handelnden auf mancherley Weise eingeschränkt, indem sie entweder eine gewisse Form vorgeschrieben, welche, wenn

16) *Nov. 94. cap. 2. Nov. 118. cap. 5.*

wenn die Handlung die ihr beygelegte Wirkung haben soll, zu beobachten ist, oder mit dem Nichtgebrauche desselben nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums den Verlust des Rechts verknüpft haben. Ein Inbegriff von Gesetzen der erstern Art macht das *Ius absolute permissivum* aus, so wie im Gegentheil der Inbegriff von Gesetzen der letztern Art *ius secundum quid permissivum* genennet wird. So z. B. ist das Recht, auf seinem Eigenthume zu bauen, ferner das Recht, bey einer vorhandenen Gütergemeinschaft auf die Theilung zu dringen, eine Sache der freyen Willkür, (iuris absolutepermissivi). Allein die Befugniß zu heyrathen, ein Testament zu machen, eine Klage zu erheben, ist iuris secundum quid permissivi. Daß nun ein solches ius secundum quid permissivum insofern, als die Willkühr zu handeln ausgeschlossen ist, zugleich ein ius praeceptivum sey, ist unläugbar; in dieser Rücksicht habe ich beym vorigen §. die Frage abgehandelt, ob der Mangel der vorgeschriebenen Form ein rechtliches Geschäft ungültig mache? Solche Handlungen nun, welche die Gesetze erlauben, ohne sie jedoch zu gebieten, und die man daher auch unterlassen kann, ohne den Gesetzen entgegen zu handeln[17]), werden *actus* s. *res facultatis* genennt, man mag das moralische Vermögen dazu entweder durch die Gesetze unmittelbar, oder mit Zulassung derselben durch Concession des Eigenthümers oder durch Verjährung oder auf andere rechtmäsige Art erworben haben. Von diesen actibus facultatis nimmt man zwey verschiedene Gattungen an, man theilt sie nämlich in *actus merae facultatis* und *actus non*

17) NETTELBLADT in System. Elem. Iurisprud. positiv. general. §. 73. und 74.

non merae facultatis [18]) ein. So verschieden auch die Begriffe sind, welche sich die Rechtsgelehrten von den *actibus merae facultatis* machen [19]), so scheint mir doch noch immer derjenige Begriff der Sache am angemessensten zu seyn, wenn man darunter solche Handlungen verstehet, bey denen der Willkühr des Handelnden keine Schranken gesetzt sind, die man also nach Gefallen thun und unterlassen kann, wie und so lange man will, ohne daß uns daraus ein Nachtheil erwächst [20]). Da solche Handlungen keiner

18) Diese Benennungen kommen zwar in den Gesetzen selbst nicht vor, allein die Sache selbst ist doch allerdings darinn gegründet. Die Leseart der *L. 2. D. de via publ. et itinere publ.* worauf man sich gewöhnlich beruft, ist zwar noch einigem Zweifel unterworfen. Denn in der Florentinischen Handschrift fehlt das letztere *non*, welches Taurellus in seiner Ausgabe der Pandecten zuerst ergänzt hat. Daß jedoch diese Negation nicht wegzulassen, zeigt der Context, und die *Basilica* T. IV. pag. 778. bestärken dieses noch mehr. S. IAUCHIUS de Negationibus Pandectar. Florentinar. Cap. I. pag. 4.

19) Man vergleiche, ausser den von unserm Verfasser bereits angeführten Schriften, noch folgende *Ge. Ad.* STRUV Disp. de eo, quod iustum est circa res merae facultatis. rec. *Ienae* 1737. *Aug. a* LEYSER de rebus merae facultatis (in *Meditat. ad Pandect.* Vol. VII. Specim. CCCCLXII. pag. 231.) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 33. EICHMANN ad Ravii Principia doctr. de praescriptione §. 13. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. Part. 1. Theor. gen. Sect. III. Cap. I. §. 75. und Höpfner im theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 295.

20) S. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. practic. ad LEYSERI Meditat. Tom. V. Fasc. I. Obs. 740.

keiner Verjährung unterworffen sind, so lange ihnen wenigstens das Gepräge der Willkührlichkeit nicht durch zerstörende Gegenhandlungen desjenigen, gegen welchen sie in Ausübung gebracht werden können, benommen wird; dahingegen bey denjenigen actibus, welche nicht merae facultatis sind, unser Recht durch bloßen Nichtgebrauch verlohren gehet[21]); so ist die Frage allerdings von Wichtigkeit, welche Handlungen von der Art sind, daß man sie ohne Nachtheil vornehmen und unterlassen kann, wie man will? Die Antwort auf diese Frage, und die Art, wie man die Sache vorzustellen pflegt, ist sehr verschieden, wenn man die angeführten Schriften der heutigen Rechtsgelehrten hierbey vergleicht. Unser Verfasser giebt die Regel: wenn mir das Gesetz eine Handlung unmittelbar erlaubt, ohne daß hierzu die Conceßion eines andern erforderlich ist, so ist eine solche Handlung als eine res merae facultatis anzusehen; erlaubt mir aber das Gesetz eine Handlung nur mittelbar, d. i. insofern mir ein anderer das Recht dazu verstattet hat, so ist eine solche Handlung ein bloßer actus facultatis. Allein daß diese Regel ein sehr unsicherer Grundsatz sey, siehet man schon daraus, weil ja auch Klagen, welche die Gesetze geben, binnen einer gewissen Zeit angestellet werden müssen, und nach deren Ablauf erlöschen, und im Gegentheil durch Verträge zuweilen solche Rechte erworben werden können, deren Ausübung keiner Verjährung unterworfen ist. Z. B. das Recht des Erbzinsherrn, einen jährlichen Canon zu verlangen, ferner das Recht

21) *L. 25. D. quib. mod. uſusfr. vel uſ. amitt. L. 1. D. de nundinis. L. 7. Cod. de petit. hereditat. L. 3. C. de praeſcript. XXX. vel. XL. annor.*

Recht des Gutsherrn, von seinen Bauern Dienste zu fordern u. dgl. Die Meisten sagen, alle Handlungen der natürlichen Freyheit, welche weder in den natürlichen noch bürgerlichen Gesetzen geboten und verboten, und also unserer Willkühr überlassen sind, gehören ad res merae facultatis; z. B. sitzen, gehen, sein Brod, Bier u. dgl. nach Belieben bey diesem oder jenem zu kaufen, seine Wohnung zu ändern; auch alle Handlungen, die aus dem Rechte des Eigenthums fließen, z. B. verkaufen, verschenken, mit seiner Sache eine Veränderung vornehmen, Bauen auf seinem eigenen Grunde, sein Vieh auf seine eigene Felder zur Weide zu führen, rechnet man ad actus merae facultatis. Dagegen will man alle Handlungen, die sich auf ein Privilegium gründen, oder aus einem Vertrage herrühren, von dieser Classe ganz ausschliessen [22]. Allein auch diese Theorie scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Ich stelle mir die Sache so vor; actus merae facultatis können aus mehr als einer Quelle herrühren. Einmahl können dieselben in der dem Menschen angebohrnen natürlichen Freyheit, insoweit selbige durch die Gesetze nicht eingeschränkt ist, ihren Grund haben. Diese nähere Bestimmung ist schlechterdings nothwendig, denn wer weiß z. B. nicht, wie mannigfaltig die Gesetze die natürliche Freyheit zu kaufen und zu verkaufen [23], welche man doch ad res

22) S. RAVE a. a. O. ESTOR Opusc. de abusu rerum merae facultatis c. I. §. 7. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 39. u. folgg.

23) S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth und Erbzins-Contract. (Leipzig, 1789.) I. Th I. Haupt. 2. Cap.

res merae facultatis insgemein zu rechnen pflegt, eingeschränkt haben? Zweytens sind alle Rechte, die aus dem freyen und ungehinderten Eigenthum herfließen, als res merae facultatis anzusehen. Drittens können actus merae facultatis auch aus den Gesetzen selbst entstehen, wenn dieselben gewisse Rechte ertheilen, und sie zugleich für unverjährbar erklären. Nach kanonischen Rechten gehört dahin das Recht der Kirchenvisitation, und die dazu nöthige Procurationen, d. i. Verpflegung der geistlichen Visitatoren, oder statt deren ein Aequivalent am Gelde zu verlangen [24]; nach dem Westphälischen Frieden auch das Recht solcher Unterthanen, denen vermöge des Entscheidjahrs von 1624. keine Religionsübung in einem Lande gestattet ist, in der Nachbarschaft dem öffentlichen Gottesdienst, wo und so oft sie wollen, beyzuwohnen, auch daselbst die nöthigen Ministerialhandlungen von Geistlichen ihrer Religion verrichten zu lassen [25]; ferner nach dem Civil-Recht die Befugniß bey einer vorhandenen Gemeinschaft auf Theilung zu dringen [26]; ferner das Recht Abzugsgeld zu fordern, u. d. m. Endlich viertens kann auch etwas, welches an sich keine res merae facultatis ist, durch Verträge dazu gemacht werden. Ein Beyspiel giebt das aus dem Wiederkaufsvertrage entspringende Wiedereinlösungsrecht; dieß muß eigentlich, wenn nicht ein ge-

24) *cap.* 11. und 16. *X. de praescript. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 255. und 259.

25) *Instr. Pac. Osnabr.* Art. 5. §. 34. *Ge. Lud.* BOEHMER a. a. O. §. 264.

26) *L.* 5. *Cod. commun. divid.* Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XXII. n. 8. pag. 304. f.

wisser Zeitpunkt zum Eintritt der Wiederkaufsverbindlichkeit verabredet worden ist, binnen 30 Jahren ausgeübt werden; wäre aber der Wiederkauf auf gar keine gewisse Zeit bedungen, sondern dem Verkäufer die völlige Freyheit nachgelassen worden, die unter dem Vertragsgesetz des Wiederkaufs verkaufte Sache zu aller Zeit, wenn's ihm einmahl, es sey über kurz oder lang, gefallen möchte, wieder einzulösen, so ist alsdann die in solchen ganz allgemein abgefaßten Zeitausdrücken nachgelassene Wiederkaufsausübungs-Befugniß nach der Natur der Sache und der Absicht der Paciscenten ohnstreitig eine res merae facultatis [27]).

§. 16.

Anwendung obiger Begriffe auf das Naturrecht und Eintheilung desselben in *Ius naturae absolutum* und *hypotheticum*.

Auch das Naturrecht kann in ein Zwangs- und Permissivrecht eingetheilt werden. Jenes begreift diejenigen Rechte und Pflichten in sich, deren Erfüllung erzwungen werden kann, und kann entweder ein gebietendes oder verbietendes seyn. Letzteres hingegen enthält Rechte und Pflichten, deren Ausübung der Willkühr des Handelnden überlassen ist, bey welchen folglich kein Zwang statt findet. Die Rechte und Pflichten der Menschen, welche das Ius naturae cogens in sich begreift, sind wieder von verschiedener Art. Sie folgen entweder schon aus der menschlichen

27) Man vergleiche hierbey die lesenswürdige Abhandlung über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechts; in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte herausgegeben von Günther und Otto auf das Jahr 1786. besonders im 3ten St. S. 236. u. folg.

lichen Natur an sich, ohne Voraussetzung gewisser Handlungen, oder sie setzen gewisse Handlungen voraus, welche den nächsten Grund jener Rechte und Verbindlichkeiten enthalten. Erstere heissen absolute, ursprüngliche, oder angebohrne Rechte und Verbindlichkeiten, und der Inbegriff derselben macht das *Ius naturae absolutum* aus; letztere aber werden hypothetische, und der Inbegriff derselben *Ius naturae hypotheticum* genennt. Die Hypothese, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten der letztern Art determinirt werden, ist entweder eine gesellschaftliche Verbindung, in welche Menschen mit einander getreten; oder ein anderes Factum, welches die Menschen nicht in gewisse Gesellschaften verbindet, z. B. Vertrag oder Beleidigung. Jener Theil des hypothetischen Naturrechts heißt das gesellschaftliche Recht (ius naturale hypotheticum sociale). Der letztere Theil aber ist das aussergesellschaftliche Naturrecht. Beyde Theile des natürlichen Rechts haben wieder ihre verschiedenen Eintheilungen, die ich aber als bekannt voraussetzen kann.

§. 17.

Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate.

Es ist wohl keine Frage weniger bestritten, als die, ob das Naturrecht auch in der bürgerlichen Gesellschaft gelte? Freylich wird zwar ein Jeder, auch bey geringem Maas von Scharfsinn, leicht begreiffen, daß ohnmöglich alles dasjenige, was in dem aussergesellschaftlichen Zustande der Menschen natürlichen Rechtens ist, es auch in der bürgerlichen Societät seyn müsse; allein es ist ja auch bekannt genug, daß man den sogenannten natür-

lichen oder aussergesellschaftlichen Zustand nicht mit dem natürlichen Rechte selbst vermischen dürfe. Denken wir uns nun unter dem Naturrechte einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, die jeder Mensch, wenn er nur den Gebrauch seiner Vernunft hat, mit blosem Verstande als solche begreift, wir mögen nun entweder den Grund aller natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten blos auf das Wesen des Menschen zurückführen, oder mit andern den aus der bloßen Vernunft erkannten Willen des Schöpfers, als das wahre und einzige Fundament derselben betrachten; so ist unwidersprechlich, daß Menschen im Staate so gut verbunden sind, die Gesetze der Natur zu befolgen, als ausser dem Staat. Denn der Mensch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenschaft des Menschen abzulegen, und ohne aufzuhören, ein Geschöpf desjenigen zu seyn, der ihm seinen Willen ins Herz geschrieben hat. Wie könnte also wohl die auf den natürlichen Menschen gepfropfte Eigenschaft des Staatsbürgers eine solche Veränderung in ihm hervorbringen, daß er nun der Vernunft und dem durch dieselbe erkannten göttlichen Willen entgegen handeln sollte [28])? Es ist also ausser allem Zweifel, daß eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen ausser dem bürgerlichen Zustande obliegen, ferner ein jedes natürliches Recht, welches demselben im aussergesellschaftlichen Zustande zustehen würde, auch an sich und nach der Regel im bürgerlichen Zustande vorhanden und fortdaurend sey; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstäade hervorbringt, daß dabey jene

28) S. von Justi Natur und Wesen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel (Mietau 1771.) §. 150.

jene natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten nicht bestehen können [29]). Ein nicht geringer Theil des bürgerlichen Rechts ist daher bloß Wiederholung des natürlichen Rechts, und würde uns verbinden, wenn es auch weder im röm. Rechte noch in irgend einem andern Gesetzbuche wiederholet wäre. Z. B. daß der Käufer verbunden ist, das Kaufgeld zur bestimmten Zeit zu bezahlen, daß der Depositar die ihm anvertraueten Güter wieder abliefern, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, und, wenn er nicht wirthschaftlich verfahren, den Schaden ersetzen, desgleichen daß der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen muß, sind dieses nicht lauter Verbindlichkeiten des natürlichen Rechts, wenn sie auch im römischen Rechte ausdrücklich enthalten sind? Es ist also wohl richtig, was **Justinian** [30]) selbst sagt: collectum est ius nostrum ex *naturalibus praeceptis*, aut *gentium*, aut civilibus.

§. 18.

Kann der bürgerliche Gesetzgeber das Naturrecht in seinem Staate abändern, und in wieferne?

So unstreitig jene Frage von der Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate war, so sehr hat man sich von jeher über die Frage gestritten: ob und in wiefern das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne [31])? Gemeiniglich wird

29) S. Weber a. a. O. §. 59. Seite 187. u. folg.

30) *§. 4. I. h. t.*

31) Sehr gründlich und mit gewöhnlichem Scharfsinn hat diese Frage Hr. Prof. Weber in seiner systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, in 3. Abschn. §. 57. ff. er-

diese Frage mittelst einer Distinction dahin beantwortet, daß der bürgerliche Gesetzgeber zwar die Vorschriften des absoluten Naturrechts in keinem Betrachte, wohl aber das hypothetische Naturrecht, in seinem Staate abändern könne [32]. Dieß ist auch die Meinung unsers Verfassers. Allein Aenderung des Naturrechts an sich und in dem Verstande, daß irgend ein bürgerlicher Gesetzgeber befugt seyn sollte, durch seine Vorschriften das Gegentheil von dem, was das Vernunftrecht lehrt, anzuordnen, läßt sich ohne Widerspruch nicht annehmen. Denn die Vorschriften der bürgerlichen Gesetzgebung stehen so gut, als Verträge, unter dem Gesetz der gesunden Vernunft, und können uns nicht verbinden, insofern sie unter den Umständen, und in den Verhältnissen, worinn sie gegeben worden, offenbar vernunftwidrig seyn würden. Weil aber dennoch der Zweck der bürgerlichen Staatsverbindung manche Einschränkung der natürlichen Freyheit nothwendig macht, so giebt selbst das auf den Staat angewandte Vernunftrecht den bürgerlichen Gesetzgeber die Befugniß, manches anzuordnen, was ausser dem Staate nicht recht seyn würde. Denn es verstehet sich von selbst, daß den Menschen, als Mitgliedern der bürgerlichen Staatsgesellschaft, unmöglich alle diejenigen Rechte zustehen können, die sie, ausser dieser Verbindung, als Menschen, im Naturstande gegen einander haben. Es kommt demnach eigentlich alles auf die Frage an: **was und wieviel der Staat an den Rechten des Menschen, als Men-**

ff. erörtert, welcher auch S. 197. Not. 2. die darüber herausgekommenen verschiedenen Schriften anderer Rechtsgelehrten vollständig angeführt hat.

32) S. SCHULTHING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 15.

Menschen, ändern dürfe [33]. Folgende allgemeine Hauptgrundsätze werden zur Beantwortung derselben, wie ich hoffe, hinreichend seyn.

I) Kann kein Regent den Bürgern und Mitgliedern seines Staats solche Rechte entziehen, deren sie sich selbst weder entäussern durften noch konnten, ohne der Natur und wesentlichen Bestimmung des Menschen entgegen zu handeln, oder allgemeine Gesetze der Moral zu verletzen. Denn die Rechtmäßigkeit aller positiven Gesetzgebung, so wie die Zuständigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt beruhet auf dem gesellschaftlichen Vertrage, der bey der bürgerlichen Staatsverbindung zum Grunde liegt, und muß daraus beurtheilt werden. Kein Regent kann also über die Person, die Handlungen, und das Eigenthum der Staatsbürger andere, als solche Rechte ausüben, welche die Mitglieder der Gesellschaft ihm übertragen konnten, und welche sie ihm auch haben übertragen müssen, um den Zweck der bürgerlichen Staatsgesellschaft zu erreichen, nämlich innere Ruhe und Sicherheit des Ihrigen zu genießen. Zu den unveräusserlichen Rechten des Menschen, daran der bürgerliche Regent nichts ändern darf, gehört z. B. das Recht der Denk- und Gewissensfreyheit. Gesetze also, die den Unterthanen vorschreiben, was sie glauben, und in Religionssachen für wahr halten sollen, welche ferner diejenigen, die solche nicht annehmen, für Ketzer erklären, und die Ketzerey als ein Verbrechen

 be-

33) Man vergleiche hier vorzüglich Hufelands Lehrsätze des Naturrechts IV. Th. §. 539. f. f.

bestraft wissen wollen, sind, als ungerechte Gesetze, durchaus ungültig und unverbindlich [34]).

II) Insofern aber die Ausübung solcher an sich unveräußerlicher Rechte, ingleichen die Art und Weise der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr des Menschen ausschließt; insofern ist auch der bürgerliche Gesetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung in seinem Staate aufrecht zu erhalten, die Art und Weise ihrer Ausübung durch seine

34) Ich kann nicht umhin, eine sehr wichtige Stelle aus *I. H.* BOEHMERI Diss. praelim. de iure circa libertatem conscientiae, Tom. II. seines Iuris Eccl. Prot. §. XX. S. 18. zu excerpiren, welche so lautet: *Recta ratio ostendit*, NIHIL PLUS *in principem* ESSE TRANSLATUM, *quam quod in ipsum transferri* POTUIT, *quodque ad finem reipublicae obtinendum in eum transferri* DEBUIT. *Non autem* POTUIT *in eum transferri*, IUS COGITATIONES *singulorum efformandi, et* DOCTRINAM *praescribendi, secundum quam conceptus animi sui formare, et non aliter sentire aut credere debeant de Deo, eius essentia, redemtione per Christum, resurrectione mortuorum, aliisque fidei articulis. Nullo modo homo ita mentis suae est arbiter, ut eam simpliciter alterius arbitrio subiicere, et quam ei Deus tribuit,* FACULTATEM RATIOCINANDI *abiicere queat. — Quid aliud est,* LIBERTATEM COGITANDI, CREDENDI, *in veritatem inquirendi, et secundum eam se emendandi, subditis denegare, quam eos societati belluarum adiungere, qui ductu ductoris sui ducuntur, quo velit?* etc. Man verbinde hiermit die sehr gründliche Abhandlung des Hrn. Prof. Hufelands über das Recht protestantischer Fürsten, unabänderliche Lehrvorschriften festzusetzen und über solchen zu halten. Jena 1788. 8. S. 8. und folgg.

ne Vorschriften zu bestimmen, und in dieser Rücksicht manche Einschränkungen zu machen [35]). So ist z. B. der Regent im Staate allerdings befugt, in Ansehung der Mittel, welche der Mensch zu seiner Erhaltung anwenden kann, mancherley Einschränkungen zu machen. Er darf diese oder jene Handthierungen, Künste und Gewerbe gewissen Personen allein gestatten, und andere davon ausschliessen. Eben so verhält sich's mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unsers Geschlechts. Der Regent kann eine gewisse Form der Ehe vorschreiben; er kann ferner unter gewissen Personen die Heyrathen gar verbieten.

III) Alle Rechte hingegen, welche dem Menschen als Menschen zwar zustehen, die aber das Vernunftrecht seiner Willkühr lediglich überlässet, sind auch der Disposition des bürgerlichen Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ansschliessen darf, wenn solches die Wohlfarth und das gemeine Beste des Staats erfordert. So z. B. ist die Occupation, mithin auch die Jagd im Stande der natürlichen Freyheit einem Jedem erlaubt; allein die Erfahrung lehrt, daß die Regenten ihren Unterthanen diese Freyheit nicht mehr schlechthin gestatten, sondern die Jagd und andere Arten der Occupation zu den Regalien gezogen haben. Endlich

IV) ist auch der Regent ohne Zweifel befugt, in Ansehung derjenigen Verbindlichkeiten,

35) Weber a. a. O. §. 58. S. 209.

ten, welche willkührliche, an sich erlaubte Handlungen zum voraus setzen, solche Vorschriften zu ertheilen, welche das Wohl der Staatsbürger mit sich bringt. Er kann daher solche Handlungen entweder ganz verbieten, oder wenigstens die gerichtliche Wirkung derselben einschränken. So z. B. wird niemand läugnen, daß eine Weibsperson, wenn sie sich für eines Andern Schuld verbürgt hat, nach dem Naturrecht zu bezahlen schuldig sey. Allein die bürgerlichen Gesetze verbieten die Bürgschaften der Weibsleute zu ihrem eigenen Besten, und erklären sie für ganz unkräftig. Hingegen die natürliche Verbindlichkeit eines Filiifamilias aus einem Gelddarlehn ist nur der gerichtlichen Wirkung nach durch die römischen Gesetze eingeschränkt, aber doch nicht ganz aufgehoben worden. Nach diesen Bestimmungen wird sich nun die vom **Hellfeld** in diesem §. angeführte Stelle **Ulpians** leicht erklären lassen, wenn er sagt [36]): cum aliquid *addimus* vel *detrahimus iuri communi*, ius proprium, id est, *civile* efficimus. Ich bemerke hier zuförderst, daß der Ausdruck *ius commune* so viel als natürliches Recht heißt, wie aus den vorhergehenden Worten erhellet. Dieses Naturrecht ist, nach **Ulpians** richtiger Meinung, der Grund und die Hauptquelle des bürgerlichen Rechts. Denn letzteres entstehet eben dadurch, wenn dem natürlichen Rechte etwas hinzugefügt oder entzogen wird. Das erstere, *cum aliquid additur*, läßt sich auf verschiedene Weise gedenken:

1) wenn

36) *L. 6. D. de Iust. et Iure.* Man vergleiche über diese Stelle *van der* MUELEN.

1) wenn durch verheissene Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden. Z. B. schon das Naturrecht verbietet, Sachen, die blos zur Aufsicht und Verwahrung eingegeben worden, zu veruntreuen, allein ausser dem Ersatz des daraus entstandenen Schadens weiß das Naturrecht von keiner Strafe. Die bürgerlichen Gesetze hingegen setzen die Strafe der Ehrlosigkeit, und in einem gewissen Falle noch die Strafe des doppelten Ersatzes darauf; und die peinlichen Rechte[37]) wollen sogar solche Missethat einem Diebstahl gleich bestraft wissen.

2) Wenn den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhangen soll. Die Veräusserungen der Kirchengüter, desgleichen der liegenden Güter der Minderjährigen, auch die Schenkungen auf den Todesfall können hier zum Beyspiel dienen. Ferner

3) wenn Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Gesetze eingeführt werden, welche das Naturrecht nicht kennet. Man denke hierbey an Testamente, Usucapion, Pollicitation u. d. m. Endlich gehört noch dahin,

4) wenn den sogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Gesetze eine vollkommen verbindliche Kraft beygeleget wird. So verbinden mich zum Beyspiel die bürgerlichen Gesetze in verschiedenen Fällen bey Strafe der Theilnehmung, die vorhabende Verbrechen anderer zu ver-

37) Peinl. Gerichtsordn. Carls des V. Art. 170.

verhindern, sie der Obrigkeit zu entdecken, auch unterweilen begangene Missethaten öffentlich anzuzeigen [38]).

Das letztere aber, nämlich: *cum aliquid detrahitur iuri naturali*, geschiehet vorzüglich auf zweyerley Art;

1) wenn natürlich erlaubte Handlungen durch bürgerliche Gesetze allgemein, oder doch einer gewissen Klasse von Unterthanen verboten werden, wie z. B. den Geistlichen und Soldaten die Treibung eines kaufmännischen Gewerbes ihres Standes und Berufs wegen untersagt ist [39]).

2) Wenn einigen natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theil genommen wird. Man erinnere sich hiebey an die oben schon gegebenen Beyspiele. Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß wenn Handlungen, die an sich unerlaubt sind, im Staate geduldet werden, sodann so wenig die Absicht der bürgerlichen Gesezgeber sey, als es in ihrem Vermögen stehet, solche Laster dadurch selbst erlaubt zu machen, sondern sie dulden dieselben, um aus mehrern Uebeln das kleinste zu erwählen. Es lässet sich also wohl mit Grunde nicht behaupten, daß durch solche Connivenz dem natürlichen Rechte zu nahe geschehe [40]).

§. 19.

38) Die Erläuterung davon findet man beym Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. I. Th. 2. Abschn. 3. Cap. §. 61. u. 62. *I. H.* BOEHMER in Diss. de obligatione ad revelandum occulta. T. VI. *Exercit. ad Pandect.* PÜTTMANN in Diss. de crimine conniventiae. FUNCKLER de crimine omissionis. u. a. m.

39) *cap. 6. X. Ne clerici vel monachi secular. negot. se immisceant. Nov.* 123. *c. 6. L. 1. Cod. Negotiatores ne militent.*

40) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Sp. 588. med. 20.

§. 19.

Worauf beruhet die Verbindungskraft positiver Gesetze? Was ist Bekanntmachung eines Gesetzes?

Von dem natürlichen Rechte kommen wir nun auf das positive, worunter man den Inbegriff solcher Gesetze verstehet, welche in dem erklärten Willen des Gesetzgebers ihren Grund haben. Sollen nun positive Gesetze verbindlich seyn, so müssen sie denjenigen, welche denselben gemäß handeln sollen, gehörig bekannt gemacht werden, es geschehe nun solches durch Worte, oder durch Handlungen, woraus die Unterthanen den Willen des Oberherrn schliessen können [41]). Von dieser Willenserklärung des Gesetzgebers hängt also die Gültigkeit positiver Gesetze lediglich ab, und so lang diese nicht auf die gehörige Art geschehen, verbinden solche Gesetze die Unterthanen nicht, wenn diese auch schon einige Wissenschaft davon gehabt haben sollten [42]). Es lässet sich also auch keine Bestrafung wegen einer Uebertretung derselben, ohne ungerecht zu handeln, gedenken [43]). Unter der Bekanntmachung eines Gesetzes (Promul-

41) *L.* 9. *Cod. de Legib.* Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten II. Bd. S. 23.

42) VOET. Commentar. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 10. und *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. pract. sec. ord. Pandectar. Spec. I. (*Marb.* 1785. 8.) Med. 8. S. 21. S. auch die Abhandlung eines Ungenannten über den Grund der Verbindlichkeit bey positiven Gesetzen. Hannover 1775. 8.

43) Man vergleiche hier die schöne Abhandlung in Kleins Annalen VI. Bande S. 93. unter der Aufschrift: Giebt es Zwangs- und Strafgesetze, welche die Bürger des Staats, auch ohne vorgängige Bekanntmachung, verpflichten?

mulgatio legis) verstehet man aber eigentlich diejenige Handlung, dadurch der Gesetzgeber seinen Unterthanen seinen Willen ausdrücklich zu erkennen giebt, den sie als Gesetz beobachten sollen. Sie kann entweder schriftlich oder mündlich geschehen. Giebt der Gesetzgeber durch Handlungen seinen Willen zu erkennen, indem er eine zur Gewohnheit gewordene Handlungsart seiner Unterthanen stillschweigend billiget, so ist dies keine eigentliche Promulgation, sondern sie wird nur abusive so genennt. Gesetze, die ausdrücklich vom Gesetzgeber promulgiret worden sind, werden geschriebene Gesetze im juristischen Verstande genennt, und dem Gewohnheitsrechte entgegengesetzt, wovon im 3ten Titel ein mehreres vorkommen wird.

§. 20.

Wie muß die Bekanntmachung eines Gesetzes geschehen? Was hat sie für Wirkungen?

In der Lehre von der Bekanntmachung der Gesetze[44]) kommt es nun hauptsächlich auf zwey Fragen an: I) wie muß die Bekanntmachung eines Gesetzes geschehen, wenn sie von rechtlicher Wirkung seyn soll? und II) was hat sie für Wirkungen? Im Betreff der erstern Frage versteht es sich zwar von selbst, daß die Promulgation eines Gesetzes auf eine solche Art geschehen müsse, wodurch sie zur Wissenschaft der Unterthanen im Staate gelangen kann, allein die

44) S. Joseph Herr über die Bekanntmachung der Gesetze. Freiburg 1783. und eine andere Schrift über diesen Gegenstand im Magazin gemeininteress. Lectüre III. Quartal 1785. S. 415. ff.

die Frage iſt, was dazu gehöre, um ſolches zu bewerkſtelligen? Eine Frage, welche beſonders in Anſehung peinlicher Geſetze von größter Wichtigkeit iſt, indem der Mangel hinreichender Wiſſenſchaft derſelben nothwendig die Wirkſamkeit der Strafen hindern muß. So gewiß es nun übrigens iſt, daß zur Bekanntmachung eines Geſetzes, wenn ſie auf die gehörige Art geſchehen ſoll, dreyerley erfordert werde, nämlich:

1) daß ſie an einem öffentlichen und dazu ſchicklichen Orte geſchehe,

2) zu einer ſchicklichen Zeit, und

3) in einer Sprache, die die Unterthanen verſtehen;

ſo lehrt doch die tägliche Erfahrung, wie wenig insgemein durch die gewöhnliche Bekanntmachung der gewünſchte Entzweck, beſonders in Anſehung der Strafgeſetze bey dem Volke erreicht werde. Es iſt wahr, man verfaßt ſie in der Landesſprache, ſchlägt ſie an öffentlichen Orten an, verkauft ſie gedruckt, rückt ſie in Zeitſchriften und Intelligenzblätter ein, und läßt ſie auch wohl von Zeit zu Zeit von den Kanzeln verleſen; und doch trift noch immer ein, worüber ſchon Cyprian [45]) zu ſeinen Zeiten klagte: Inciſae ſint licet Leges, et publico aere praefixo iura perſcripta, inter leges tamen ipſas delinquitur, inter iura peccatur. Die Urſachen ſind leicht zu errathen. Viele unter dem Volke können nicht leſen; die Geſetze, wenn ſie zumahl nur geſchrieben, nicht gedruckt ſind, bleiben ihnen daher, aller Bekanntmachung ohngeachtet, unbekannt. Wenige pflegen überdies öffentlich angeſchlagene Schriften zu leſen, und ſolche An-

45) Lib. II. *ad Donatum de gratia Dei* Ep. 2.

Anschläge werden überhaupt bald durch Muthwillen oder Witterung vernichtet. Die Zeitschriften gelangen selten zu den niedern Volksclassen, und werden von vielen nur flüchtig durchblättert oder doch nicht sorgfältig aufbewahrt. Auch scheut der gemeine Mann den Verkaufspreis gedruckter Gesetze. Die Verlesung derselben in den Kirchen hat eben so wenig vollkommen diejenige Wirkung, welche man sich davon verspricht. Das Volk giebt entweder wenig Achtung darauf, oder verläßt unterdessen die, vielleicht ohnehin diesmahl nicht zahlreiche Versammlung, denn meist geschiehet die Verlesung erst nach der Predigt; und insgemein lieset der Prediger die Verordnung unverständlich und mit möglichster Geschwindigkeit vor. Endlich sind auch wenige mit der iuristischen Schreibart bekannt genug, um den Inhalt der Gesetze, besonders der Strafgesetze, mit allen ihren Abtheilungen, Distinctionen und Ausnahmen gehörig zu fassen. Zwar sollte sich ein jeder Bürger des Staats um die Gesetze, welche ihn, oder sein Gewerbe, oder seine Handlungen betreffen, von selbst erkundigen, sollte schon aus Gründen des öffentlichen und privat Wohls, nicht aus Furcht vor der Strafe, die Gesetze des Staats beobachten, in welchem er lebt; allein daraus folgt nur so viel, daß eben keine Ungerechtigkeit begangen wird, wenn man einen solchen Unterthan nach Gesetzen richtet, von denen er durch eigene Schuld nicht gehörige Wissenschaft gehabt hat. Unterdessen bleibt doch immer jene, wenn gleich verschuldete, Unkunde der Gesetze die Hauptursache, daß oft so schwere Verbrechen dennoch begangen werden, die doch durch diese Gesetze verhütet werden sollen; und auch das gerechteste Gesetz bleibt zu völliger Erreichung seines Entzwecks unwirksam. Wie viel liegt also nicht an einer sorgfältigern Bekannt-

ma-

machung der Gesetze? Allein wie soll man genauere und allgemeinere Kenntniß derselben, und zwar der Strafgesetze, bey denen es auf eine sorgfältige Publication so vorzüglich ankommt, verbreiten? Hierüber sind schon mancherley Vorschläge gethan worden, auf welche mich aber hier einzulassen, wider meinen Plan ist. Man erlaube mir jedoch, von den treflichen Bemerkungen, die ich über diesen Gegenstand in der neuesten Schrift eines berühmten Rechtsgelehrten [46]) gelesen habe, hier Gebrauch zu machen. Dieser sagt, man solle sich in der Schreibart solcher Strafgesetze mehr nach der Fassungskraft der niedern Volksclassen und der Nichtiuristen richten. Dazu möchte vorzüglich dienen, wenn man von jedem Strafgesetz unter öffentlicher Autorität einen zweckmäsigen Auszug für das Volk machte, mit Vermeidung alles Kunstmässigen, und aller feinern Unterscheidungen, welche bey den Graden der Moralität, und bey der Imputation statt finden u. s. w. Man verfertige zu dem Ende einen Volkscodex oder Strafcatechismus aus allen und jeden noch geltenden Strafgesetzen, so kurz und so wohlfeil als möglich; und suche diesen auf jede schickliche Art unter dem Volke zu verbreiten. Das letztere geschiehet: a) wenn man solchen bey gottesdienstlichen Versammlungen, an bestimmten Tagen, jährlich zwey- drey- auch wohl viermahl, unter Ahndung des willkührlichen Aussenbleibens der Pfarrkinder, nicht nach der Predigt, sondern vorher, mit zweckmäsiger Einleitung, und am Schlusse der Handlung beygefügter ernstlichen Vermahnung, laut, langsam, und vernehmlich verlesen lässet; b) wenn man solchen denjenigen Schriften ein-

46) D. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de ignorantia populi circa poenas, earum vim impediente. Lipsiae 1788.

einrückt oder beyfügt, welche in die Hände aller Unterthanen, ohne Unterschied des Geschlechts, Standes oder Alters kommen, z. B. den Kalendern; c) wenn man denselben in die für die Volksschulen bestimmten Lehrbücher aufnimmt, und in jenen fleißig darnach unterrichten lässet; d) endlich wenn man die Anschaffung dieses wohlfeilen Büchleins, nach der neuesten Ausgabe, jedem Hausvater bey Strafe befiehlt. Eben so halte man es auch mit den von Zeit zu Zeit erscheinenden neuen Gesetzen, die man bey der nächsten Auflage in den Volkscoder aufnehmen, und unterdessen in die Zeitungen, wöchentliche Anzeigen, und solche Schriften einrücken muß, welche allgemein gelesen werden. Ein Hauptumstand, das Andenken derselben beym Volk bleibend und lebhaft zu erhalten, ist auch die öffentliche, mit einiger, Aufsehen erregender, Zubereitung verknüpfte Vollziehung verwirkter merkwürdiger Strafen, und deren öffentliche Bekanntmachung, wovon in der vorhin gedachten Schrift ebenfalls sehr practische Regeln an die Hand gegeben werden[47].

Wir kommen nun zweitens auf die Wirkungen einer auf die gehörige Art geschehenen Promulgation; diese bestehen darinn:

1) Daß das Gesetz in der Regel gleich von dem Augenblicke an die Unterthanen verbindet, da es ihnen bekannt gemacht worden ist. Es sind zwar verschiedene Rechtsgelehrten[48]) der Meinung, daß ein neues Gesetz erst nach dem

47) Ueber die Publicität der Strafen, und deren Gründe verdient vorzüglich gelesen zu werden Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten d. peinl. Rechts. 2. Th. §. 26. ff.

48) S. LAUTERBACH in Colleg. Theor. pr. Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 20. STRYK Us. mod. Pandect. eod. Tit. §. 15. *I. H.* BOEHMER

dem Ablaufe zweyer Monathe seine Gültigkeit erlange; allein diese Meinung ist völlig ungegründet, und daher mit Recht von andern Rechtsgelehrten verworfen worden [49]). Denn die *Nov. 66. c.* I. enthält keine allgemeine Regel, sondern schränkt sich lediglich auf diejenigen Verordnungen Justinians ein, welche die Testamente betreffen; und selbst in Ansehung dieser soll es bey der Regel bleiben, wie die Anfangsworte des ersten Kapitels deutlich beweisen: *Sancimus, ut ex illo tempore constitutiones nostrae de testamentis valeant, ex quo in commune manifestae factae sunt.* **Justinian** will nur, daß sich nach zwey Monathen niemand weiter mit der Unwissenheit entschuldigen solle. (Ita enim nemo plane excusationem habebit, quare legem nostram non observet). Doch leidet unsere Regel alsdann ohnstreitig eine Ausnahme, wenn der Gesetzgeber bey der Bekanntmachung eines Gesetzes eine gewisse Zeit bestimmt hat (vacatio), nach deren Verlauf erst die verbindliche Kraft seiner Disposition ihren Anfang nehmen soll, wovon uns die Lex Iulia et Papia Poppaea [50]), desgleichen die Justinianeischen Gesetzsamm-

MER in doctr. Digestor. eod. Tit. 3. §. 12. n. δ. *de* WERNHER Obs. for. T. I. P. IV. Obs. 201. in Suppl. nov. de COCCEJI Ius civ. controv. Tit. *de Legibus* Qu. 8.

49) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. VII. med. 8. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. I. Obs. 33. GAERTNER Meditat. pract. med. 11. WESTENBERG in Digestis tit. *de LL.* §. 12. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 86. und EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI Ius civ. controv. cit. loc. not. w. pag. 49.

50) HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. I. c. 3. pag. 48.

lungen, und in unsern Zeiten das neue Gesetzbuch für die königl. preußischen Staaten genug Beyspiele geben.

2) Eine andere Wirkung ist, daß die Gültigkeit eines gehörig promulgirten Gesetzes so lang vermuthet wird, bis das Gegentheil erwiesen ist [51]); nach der bekannten Regel: quod lex semper loqui praesumatur [52]). Denn die Abänderung oder gänzliche Aufhebung eines Gesetzes ist ein res facti, welche im Zweifel nicht vermuthet werden kann.

3) Eine dritte Wirkung ist, daß derjenige die Vermuthung wider sich hat, welcher sich mit der Unwissenheit eines Gesetzes entschuldigen will, dessen Bekanntmachung ausser allem Zweifel ist. Es ist indessen, in sofern etwa von particulären Landesgesetzen oder Statuten die Rede seyn sollte, noch billig ein Unterschied zu machen, ob eigentliche Unterthanen, oder ob Fremde, die sich nur ihrer Geschäfte wegen in einem Lande oder in einer Stadt aufhalten, aus Unwissenheit dagegen gehandelt haben. Im ersten Falle verdient die zur Entschuldigung vorgeschützte Unwissenheit weder Glauben noch Aufmerksamkeit [53]). Diese Regel ist ganz allgemein, und selbst die Personen, denen sonst die Gesetze in Ansehung der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts einige Nachsicht bewilligen, z. B. Frauenzim-

51) *L. 22. D. de probat.*

52) *Io. Tob.* RICHTER Progr. de eo, an lex semper loqui praesumatur. Lips. 1747.

53) Und zwar theils ob *L. 12. C. de iur. et fact. ignorant.* theils ob supinam, qua id ius facile cognoscere potuerunt, ignorantiam, wie de BOEHMER *ad Carpzovium* P. III. Qu. 149. Obs. 4. S. 150. sagt. Siehe auch LEYSER Sp. 289. *medit.* 6.

zimmer, Soldaten u. d. können nicht davon ausgenommen werden [54]). Inzwischen ist hierbey alles richterliche Ermessen nicht auszuschliessen, sondern es kann unterweilen die vorgeschützte Unwissenheit allerdings sodann zu einer Entschuldigung gereichen, und solche, wenn insonderheit von Strafgesetzen die Rede ist, eine Milderung der Strafe bewirken, wenn sie durch wahrscheinliche Gründe bestärkt und unterstützt werden kann. Dahin gehört, wenn der Verbrecher zu der Zeit, da das Gesetz publicirt worden, vielleicht lange Zeit abwesend gewesen seyn sollte; oder erst neuerlich das Bürgerrecht an einem Orte erhalten hat, oder Beyspiele vorhanden seyn möchten, daß die Strenge des Gesetzes nicht angewendet worden; oder wenn überhaupt der Inhalt des Gesetzes von dergleichen Art von Leuten, als der Uebertreter desselben ist, nicht leicht hat gefaßt werden können, z. B. wenn der Mensch von Natur einfälltig ist [55]). Was nun im Gegentheil die Fremden anbelangt, so vermuthet man zwar nach der Regel, daß sie die Gesetze des Orts, wo sie sich nur erst seit kurzer Zeit aufhalten, wenn sie dagegen gehandelt, nicht ge-

54) Man vergleiche hier des Hrn. Prof. Webers Abh. über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 8. und GAERTNER in meditat. practicis ad Pandect. meditat. 10.

55) Ueberhaupt ist noch immer ein grosser Unterschied zwischen den, welcher blos aus Unwissenheit der Gesetze fehlt, und dem, welcher wissentlich dagegen handelt. Denn daraus, daß Jemand ein Gesetz wissen sollte und konnte, läßt sich noch nicht schliessen, daß er es auch gewußt habe. Es hat daher der Unwissende noch nicht diejenige Strafe verwirkt, welche den vorsätzlichen Uebertreter des Gesetzes treffen wird. S. Kleins Annalen VI. Band S. 100.

gekannt haben. Jedoch verdient der von einem Fremden angeführte Irrthum der Landes- und Stadtgesetze sodann in keinen Betracht gezogen zu werden, wenn etwa der besondere Zustand des Fremden, oder auch das Gewerbe, welches er treibt, ihn schon an sich verpflichteten, sich eine Kenntniß der Landes- und Stadtgesetze zu erwerben [56]). Ich werde davon an einem andern Orte umständlicher handeln. Alles, was ich inzwischen hier schon gesagt habe, setzt den Fall voraus, daß die geschehene Bekanntmachung eines Gesetzes an sich keinem Zweifel unterworfen sey. Wie nun aber, wenn diese selbst von einem Unterthan geläugnet würde, und also die Publication des Gesetzes selbst noch streitig wäre, ob sie nämlich auf die gehörige Art geschehen sey oder nicht? Wem würde in einem solchen Falle wohl die Last des Beweises obliegen? Die Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig. **Leyser** [57]) behauptet, daß derjenige, welcher ein vorhandenes Gesetz für sich anführt, desselben Publication zu erweisen nicht nöthig habe, sondern diese vermuthet werde. Allein diese Meinung hat wenig Beyfall gefunden, und **Leyser** selbst hat sie in der Folge geändert und mehr eingeschränkt [58]). Die meisten Rechtsgelehrten nehmen die Regel an, daß die Bekanntmachung eines Gesetzes von demjenigen, der sich darauf gründet, bewiesen werden müsse, wenn sie vom Gegner

56) Quistorp in den Grundsätzen des peinlichen Rechts 1. Th. 2. Abschn. 2. Cap. §. 48.

57) Meditat. ad Pand. Spec. VII. m. 1. MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Obs. 14. hat den Leyser ausführlich widerlegt.

58) *Vol. XII. Suppl.* 1. Spec. 7. med. 16.

Gegner geläugnet wird [59]). Es verstehet sich, daß hier blos von Landesgesetzen die Rede sey. Denn wer sich auf das gemeine in Teutschland recipirte Recht beruft, hat ohnehin jederzeit fundatam intentionem für sich. Ob nun gleich die andere Meinung allerdings für gegründeter zu halten ist, so darf doch der Unterschied zwischen alten und neuen Landesgesetzen nicht aus der Acht gelassen werden, indem, wenn von einem alten Gesetz die Rede ist, welches bisher von den Unterthanen immer beobachtet worden, die geschehene Publication desselben in einem solchen Falle allerdings zu vermuthen stehet, mithin derjenige, welcher sich darauf beruft, mit keinem Beweiß beschweret werden kann. Dahingegen verhält sich die Sache bey neuen Gesetzen, deren Anwendung selbst noch streitig ist, ganz anders, bey solchen kann die geschehen seyn sollende Bekanntmachung, wenn sie von dem Gegner geläugnet wird, darum nicht vermuthet werden, weil sie etwas factisches ist, alles dasjenige aber, was facti ist, im Läugnungsfall und der Regel nach erwiesen werden muß. Und dieser Beweiß wird auch dann noch nöthig seyn, wenn gleich dasselbe Gesetz, wovon die Frage ist, bereits gedruckt seyn sollte, indem die Erfahrung lehrt, daß manchmal Gesetze, wenn sie gleich schon gedruckt sind, dennoch hernach entweder gar nicht, oder wenigstens etliche Jahre nachher erst publiciret werden [60]).

59) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. VIII. med. 1. 2. 3. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 55. u. folg.

60) Ein merkwürdiges Beyspiel findet man in GAERTNER Meditat. pract. ad Pandect. Spec. I. med. 9.

Endlich 4) gehört auch zu den Wirkungen der Bekanntmachung eines Gesetzes, daß die Unwissenheit der Gesetze Keinem zu statten kommt, der vermöge derselben einen Vortheil hätte erlangen können, wenn er solchen aus rechtlicher Unwissenheit einmahl aus den Händen gelassen hat. Es tritt hier die Regel der *L. 7. D. de iuris et facti ignor.* ein: Iuris ignorantia non prodest *adquirere volentibus*, welche in der *L. 9. §. 5. eodem.* durch folgende sehr treffende Beyspiele erläutert wird: wann ein Erbe, welcher über die im Falcidischen Gesetz vorgeschriebene Maaße mit Vermächtnissen beschweret worden, solche vollständig und ohne Abzug ausgezahlt hätte, weil ihm das Gesetz des Falcidius nicht bekannt war; oder wenn ein Erbe, der mit einem Universalfideicommisse oneriret worden, die Erbschaft ganz restituirt hätte, ohne die Trebellianische Quarte inne zu behalten, weil er von dieser rechtlichen Wohlthat nichts wuste; so kann keiner von beyden etwas wieder zurückfordern. Der Fehler liegt hier blos in rechtlicher Unwissenheit, welche nach der *L. 8.* und *9. D. eodem* in compendiis, d. i. wenn vom Erwerb eines erlaubten Gewinnes die Rede ist, auch sogar solchen Personen schadet, denen sonst die Gesetze die Unwissenheit bürgerlicher Rechte verzeihen.

§. 21.

In wieferne können positive Gesetze auf vergangene Handlungen gezogen werden?

Da ein positives Gesetz vor der geschehenen Bekanntmachung keine verbindliche Kraft hat, so folgt, daß Gesetze dieser Art eigentlich nur zukünftigen, nicht aber vergangenen Hand-

Handlungen zur Regel dienen [61]). Man verstehet aber unter vergangenen Handlungen solche Geschäfte, welche bereits vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes vorgegangen sind, und ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten haben. Auf solche Handlungen können positive Gesetze eigentlich nicht angewendet werden, weil niemanden sein ius quaesitum genommen werden darf, und die Gesetze Ungerechtigkeiten verhüten, aber nicht veranlassen sollen. Man setze z. B. den Fall, daß in einem gewissen Lande das neue Gesetz gegeben würde, daß keine Verpfändungen liegender Grundstücke ohne gerichtliche Bestätigung der Hypothek mehr gültig seyn sollen. Ein Bürger aber hätte sich kurz zuvor von seinem Schuldner eine Hypothek, jedoch ohne gerichtliche Confirmation, so wie es Zeither in dem Lande erlaubt war, constituiren lassen. Ist nun bey entstandenem Concurs diese Hypothek nach dem neuen Gesetz zu beurtheilen, folglich der Gläubiger nicht anders, als wenn er gar keine Hypothek hätte, unter die Chirographarios zu lociren? Nein, dies wäre offenbar ungerecht [62]). Der Creditor bekommt seine Stelle unter den hypothekarischen Gläubigern, die er vor dem neuen Gesetz fordern konnte. So einleuchtend nun dieses zu seyn scheint, so finden sich dennoch bey der praktischen Anwendung jener Regel nicht wenig Schwierigkeiten. Denn oft ist es schwer, zu bestimmen, ob

61) *L. 7. C. de Legib.* Leges et constitutiones *futuris* certum est dare formam negotiis, *non ad facta praeterita revocari:* nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.

62) Quid enim antiquitas peccavit, sagt Justinian in der *L. 29. in fine Cod. de testam.* quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem?

ob und in wiefern eine gewisse Handlung für vergangen, oder für noch zukünftig zu halten sey, theils weil zuweilen eine vergangene Handlung mit einer noch zukünftigen so genau verbunden ist, daß sie beyde als eine Handlung betrachtet werden können, theils weil es Fälle giebt, wo eine Handlung in gewisser Rücksicht zu den vergangenen, in anderer Beziehung aber zu den zukünftigen gerechnet werden kann. Hier hat man vor allen Dingen darauf zu sehen, ob das eingegangene Geschäft wirklich schon vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes seine wesentliche Vollkommenheit erhalten hatte oder nicht? Um dieses richtig zu beurtheilen, muß man mit der Natur und den wesentlichen Bestimmungen eines solchen rechtlichen Geschäfts, welche der Begriff desselben erfordert, genau bekannt seyn. Z. E. wenn sich jemand mit einer Person verlobt hätte, und nun ein neues Gesetz diese verabredete Ehe verböte, so darf sie nicht vollzogen werden. Denn das Eheverlöbniß ist noch keine Ehe, sondern gehet nur auf die Eingehung einer noch zukünftigen Ehe. Man denke sich hingegen den Fall, daß auf eine den bisherigen Gesetzen gemässe und erlaubte Art ein Kauf geschlossen worden sey, die Contrahenten auch über Waare und Kaufpreis schon vollkommen einig gewesen wären, noch vor der Uebergabe oder Bezahlung des Kaufgeldes aber ein neues Gesetz diese Art des Kaufs verboten hätte.. Ist nun der ganze Handel für ungültig zu halten? Ich glaube es nicht, denn das Geschäft hatte schon vor der Publication des neuen Gesetzes seine wesentliche Perfection erhalten. Hat nun aber ein Geschäft schon vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes seine wesentliche Vollkommenheit erreicht, es hängt aber die Vollziehung und Wirkung desselben noch von einer zukünftigen

Hand-

Handlung ab, so kommt es darauf an, ob diese noch zukünftige Handlung, von welcher die Wirkung des eingegangenen Geschäfts abhängt, eine einfache ist, welche nach der Natur des Geschäfts weder eine Wiederholung erfordert noch gestattet, oder ob die Erfüllung des bereits vor dem neuen Gesetz vollkommen abgeschlossenen Geschäfts aus wiederholten Handlungen bestehet. Im letzten Falle findet die Regel statt: Geschäfte, welche von einer solchen zukünftigen Handlung ihre Erfüllung oder Wirkung erhalten, die nicht auf einmahl vollendet ist, sondern öfters geschehen muß, können nicht schlechterdings ad negotia praeterita gerechnet werden, sondern sind in sofern als zukünftig zu betrachten, als vor dem neuen Gesetz noch nicht die Zeit verflossen war, da auf die Erfüllung geklagt werden konnte. Dieser Fall kommt besonders bey den Zinsen vor. Z. B. Wenn ich mir in einem Falle, wo es bisher erlaubt gewesen, von meinem Schuldner mehr als gewöhnliche Zinsen habe versprechen lassen, und nun ein neues Gesetz publicirt wird, welches dem Gläubiger in einem solchen Falle auch nur gewöhnliche Zinsen zu nehmen verstattet, so ist meine Zinsforderung zwar in Ansehung der vor dem neuen Gesetze schon verfallenen Zinsen pro negotio praeterito zu halten, worauf das Verbot des Gesetzes nicht angewendet werden kann; allein in Ansehung der noch künftig zu zahlenden Zinsen, deren Verfallzeit erst nach geschehener Bekanntmachung des Gesetzes eintritt, gehört die Zinszahlung ad negotia futura, und ich kann die bedungenen Zinsen nicht weiter fordern, als soweit es das neue Gesetz zu nehmen

men erlaubt [63]). Im erstern Falle hingegen, da die Wirkung eines rechtlichen Geschäfts nur von einer einzigen noch zukünftigen Handlung oder Begebenheit abhängt, ist das vor dem neuen Gesetz zur wesentlichen Perfection bereits gediehene Geschäft insofern für ein vergangenes zu halten, worauf das neue Gesetz nicht erstrecket werden darf, als es nicht mehr möglich ist, diese Handlung nach der Vorschrift des neuen Gesetzes abzuändern, ohne dem erworbenen Rechte eines andern zu nahe zu treten [64]). Z. B. Es hat mir einer vom Adel in seinem Testament sein Rittergut vermacht, und nun wird nach seinem Tode, ehe noch der instituirte Erbe die Erbschaft angetreten, ein neues Gesetz publicirt, daß dergleichen Güter nicht in bürgerliche Hände kommen sollen. Hier fragt sichs nun, ob das neue Gesetz auf diesen Fall zu ziehen sey? ich halte dieß für ungerecht, weil

63) Justinian bestättigt dieses selbst in der *L. 27. Cod. de usuris:* Iubemus, etiam eos, qui *ante eandem sanctionem* ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum *ex tempore lationis eius* suas moderari actiones: scilicet *illius temporis, quod ante eam defluxit Legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*

64) *Nic. Christph.* LYNCKER in Diss. de vi legis in praeteritum. (*Ienae* 1681. *rec.* 1751.) *Th.* 5. und *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad CHRISTINAEI *Decisiones* Vol. I. Obs. XLIX. n. 5. geben hier folgende Regel: *Quaecunque negotia iam ante legem novam latam quoad essentiam suam fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc exspectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex nova lege lata diiudicanda, modo non integrum sit, negotium iuxta novae legis placita emendandi et perficiendi.*

weil durch den Tod des Erblassers, der noch ante legem novam erfolgt war, der letzte Wille desselben seine Vollkommenheit erhalten hatte, und das Legat bereits acquirirt war. Das Vermächtniß ist also hier allerdings zu den vergangenen Handlungen zu rechnen, denn nur mein Forderungsrecht allein hängt noch von der Antretung des Erben ab; und dieses ius quaesitum kann mir durch das neue Gesetz nicht entzogen werden. Wäre im Gegentheil das neue Gesetz noch vor dem Tode des Testirers gegeben worden, so würde es hier allerdings seine Anwendung finden [65]). Noch eine Frage ist hier zu erörtern; wie wenn ein gewisses Rechtsgeschäft unter einer Bedingung wäre geschlossen worden, und diese erst nach der Bekanntmachung des neuen Gesetzes existirte, ist ein solches negotium pro praeterito, oder nicht vielmehr pro futuro zu halten? Dem erstern Anschein nach sollte man beynahe meinen, daß das Geschäft als ein noch zukünftiges zu betrachten sey, weil ein Geschäft, dessen conditio noch zur Zeit pendens ist, pro imperfecto gehalten wird [66]). Allein die Handlung ist dennoch nach der richtigern Meinung für eine vergangene zu halten, weil bekannt ist, daß die Bedingung, wenn sie erfüllt wird, bis zum Anfang des Geschäfts zurückgezogen, und vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, als wenn dasselbe gleich anfangs geschlossen worden wäre [67]). Aus diesem Grunde kann also lex nova auf die, noch vor dem neuen Gesetz abgeschlossene, wenn gleich bedingte, Rechtsgeschäfte, nicht angewendet werden.

Die

65) REINHARTH a. a. O. n. 7. 8. S. 125.

66) *L. 213. D. de Verb. Signif.*

67) *L. 78. D. de Verb. Obligat.*

Die Regel, daß positive Gesetze nicht auf vorher geschehene, sondern nur auf zukünftige Handlungen angewendet werden dürfen, gehet übrigens auch auf Strafgesetze. Man hat daher bey Bestimmung der Strafe eines begangenen Verbrechens darauf zu sehen, was zu der Zeit, da das Verbrechen begangen wurde, für eine Strafe in den Gesetzen bestimmt gewesen, denn nur diese hat der Missethäter eigentlich verwirkt, nicht aber diejenige, so erst nachher durch ein neues Gesetz, wenn auch noch vor geendigter Untersuchung, ist eingeführet worden [68].

Es giebt indessen Ausnahmen von unserer Regel. Hierher gehört,

1) wenn der Gesetzgeber aus Gründen des gemeinen Wohls ausdrücklich erklärt hat, daß das Gesetz auch auf vergangene Fälle gezogen werden solle. Wir finden davon verschiedene merkwürdige Beyspiele in dem Römischen Gesetzbuche. So hat z. E. der Kaiser **Constantin** seine Verordnung, worinn der commissorische Vertrag in Rücksicht auf Pfänder und Hypotheken in seinem ganzen Umfange als unerlaubt und unverbindlich verworfen wird [69], auch auf bereits ertheilte Pfänder und Hypotheken extendirt. Da inzwischen eine Ausnahme von der Regel immer stricte zu nehmen ist, so kann eine solche Verordnung, die sich zugleich auf casus praeteritos aus-

68) *L. 1. pr. D. de poenis. L. 21. D. de iniuriis.* VOET in Commentar ad Pandect. Tit. de Legibus §. 17. KOCH Institut. iur. crim. §. 39. d.

69) *L. 3. Cod. de pact. pignor.* Mehrere Beyspiele kommen vor in der *L. 3. C. de quadr. praescript. L. 22. §. 1. C. de SS. Eccles.* und der *L. un. §. 4. Cod. de contract. iudicum.*

ausdrücklich beziehet, doch nur von solchen vergangenen Handlungen verstanden werden, die noch nicht durch rechtskräftige Urtheile, oder Vergleich, oder auf eine andere Art entschieden, oder durch Zahlung und Uebergabe, oder sonst ohne Streit bereits vollzogen, und also schon ante Legem novam völlig beendiget sind; sondern nur insofern solche Handlungen annoch rechtshängig, oder wenn sie auch nicht in Streit gezogen worden, dennoch zur Zeit wenigstens noch nicht vollzogen und erfüllet sind, können sie nach dem neuen Gesetz beurtheilt werden, weil sonst die Processe unaufhörlich seyn würden [70]).

2) Wenn das neue Gesetz eine blose Erklärung eines schon vorhanden gewesenen wirklich dunkeln und zweydeutigen ältern Gesetzes ist, so giebt eine solche lex declaratoria in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen den Ausschlag [71]). Zu den Ausnahmen unserer Regel rechnet man,

3) wenn das neue Gesetz eine Strafe in Ansehung solcher Handlungen bestimmt, welche schon vorher nach den natürlichen oder bürgerlichen Gesetzen unerlaubt gewesen sind [72]). Allein auch hier kann das Gesetz nicht auf solche

70) Eben dieses bestärken auch die in der vorhergehenden Note angeführte Gesetzstellen ausdrücklich. S. VOET cit. loc. BOEHMER in Consultat. T. II. P. I. Resp. 6. n. 3. GAERTNER in Meditat. pract. med. XII. und EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI ius civ. controv. Tit. de Legibus Qu. IX. not. X. p. 50.

71) *Nov. XIX. in fin. Praefat. et cap.* 1. EMMINGHAUS cit. loc. not. y.

72) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. Tit. de Legibus §. 6.

solche Fälle angewendet werden, die bereits rechtskräftig entschieden worden sind.

4) Gesetze, welche blos die Art des gerichtlichen Verfahrens beym Proceß (ordinem iudicii) bestimmen, sind auch auf die bereits vor der Publication solcher processualischen Gesetze rechtshängige Sachen anzuwenden, sofern der Gesetzgeber in dem Gesetz selbst nicht verordnet hat, daß es auf die neuerdings erst entstehende Processe angewendet werden solle [73]).

5) Wenn das neue Gesetz eine Handlung erlaubt, die das ältere verboten hatte, oder die Strafe des ältern Gesetzes mildert, so kommt ein solches Gesetz auch demjenigen Uebertreter zu statten, an welchem die verwirkte Strafe, zur Zeit der Publication des neuern Gesetzes, noch nicht vollzogen war [74]). Das neue Gesetz ist in diesem Falle gleichsam als eine allgemeine Begnadigung anzusehen. Jedoch muß der Angeschuldigte die Untersuchungs-Kosten billig tragen [75]). Endlich

6) wenn

73) SCHULTING cit. loc. MEVIUS Tom. I. Part. V. Decis. CCLXXVII. n. 9.

74) VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de Legibus §. 17. Hiermit stimmt auch das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten 1. Th. Einleit. §. 22. überein. Nur insofern aus der verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden.

75) Man sehe hier vorzüglich *Ad. Diet.* WEBER Diss. sistens meditationes quasdam de sententiis et re iudicata intuitu principis ac legis novae, praes. *Io. Matth.* MARTINI def. *Bützovii* 1776. §. 9.

6) wenn das neuere Geſetz überhaupt eine für die Unterthanen günſtige Verordnung enthält, z. B. wenn vermöge deſſelben eine Handlung, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Geſetzen ungültig ſeyn würde, bey Kräften erhalten werden kann [76]).

§. 22.

Das poſitive Recht iſt entweder ein göttliches oder menſchliches. Giebt es ein allgemeines göttliches Poſitivrecht?

Das poſitive Recht wird nun in das göttliche und menſchliche Poſitivrecht eingetheilt, je nachdem ſolches entweder Geſetze enthält, welche in dem erklärten Willen Gottes ihren Grund haben, oder ſolche, welche in dem erklärten Willen eines menſchlichen Geſetzgebers ſich gründen. Das erſtere theilen viele Gelehrte wieder in das allgemeine (ius poſitivum divinum univerſale), und das beſondere göttliche Poſitivrecht ein, und nennen erſteres dasjenige, welches alle Menſchen auf der ganzen Welt, denen ſolches bekannt worden, nach der Abſicht Gottes verbindet; letzteres aber dasjenige, welches von Gott nur allein den Juden vorgeſchrieben worden iſt. Diejenigen, welche ein allgemeines göttliches Poſitivrecht behaupten, ſind jedoch in Anſehung der hierher zu rechnenden Geſetze wieder ſehr verſchiedener Meinung. Einige wollen dieſelben im alten Teſtamente gefunden haben, und ſetzen in die Klaſ-

76) VOET cit. loc. *de* CANNGIESSER Deciſiones Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. XXXIII. nr. 6. Man vergleiche auch noch *Chriſt. Gottl.* REINHARDT Diſſ. de valore et vi legis in praeteritum. *Halae* 1748. und *Chriſtph. Henr.* LORENZ Diſſ. de obligatione legis in praeteritum. *Lipſiae* 1770.

se derselben den Genes. IX. v. 6. enthaltenen göttlichen Ausspruch von Ahndung des Todtschlags, desgleichen die Mosaischen Eheverbote wegen der Blutsverwandschaft und Schwägerschaft 77). Andere sprechen zwar den im alten Testamente vorkommenden göttlichen Vorschriften die allgemein verbindende Gesetzkraft ab, insofern nämlich dieselben blos willkührliche Verordnungen sind; sie glauben aber, daß das neue Testament dergleichen allgemein verbindliche positive göttliche Gesetze enthalte. Sie rechnen z. B. dahin die Vorschriften der Ehescheidung, ferner von Vermeidung der Blutschande u. d. 78). Die meisten heutigen Rechtsgelehrten verwerfen jedoch jene Eintheilung des göttlichen Positivrechts, und nehmen blos ein *ius positivum divinum particulare* an 79). Die Frage, ob es allgemeine positive göttliche Gesetze gebe, ist freylich von jeher sehr bestritten worden, und man kann nicht läugnen, daß sie von wichtigen Folgen sey; denn statuirt man solche Gesetze wirklich, so muß man denselben auch eine unabänderliche Verbindlichkeit beylegen, und kann mithin keine Dispensation dage-

77) S. Sim. Ludw. Eberh. *de* MARÉES Untersuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Gesetze von der Todesstrafe des Mörders, und von Vermeidung blutschänderischer Heyrathen. Dessau 1771. 8. Ein gründliches Urtheil über diese Schrift findet man in Schotts Critik. IV. Bandes 36. Stück. S. 508. u. folg.

78) *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 10.

79) Ausser HANNESEN und MEISTER, deren Schriften unser Verfasser in der Not. a. schon selbst angeführt hat, verdient noch bemerkt zu werden *Mainard* TYDEMANN Diss. de legibus divinis positivis universalibus. *Trajecti ad Rhen.* 1774.

dagegen zulassen. Ich meines Theils kann mich nun von der Existenz solcher Gesetze nicht überzeugen, sondern glaube, daß diejenigen, welche für das Daseyn derselben streiten, in einem zweyfachen Irrthume sich befinden. Erstlich: daß sie manche in der heil. Schrift enthaltene Satzungen für göttliche Gesetze halten wollen, die doch offenbar keine Gesetze sind; sodann zweytens: daß sie bey den wirklichen göttlichen Gesetzen zwischen natürlichen und willkührlichen Vorschriften nicht genugsam unterscheiden. Wir wollen die Probe machen. Die mosaische Stelle Genes. IX. v. 6. die nach **Luthers** Uebersetzung also lautet: wer Menschenblut vergeußt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden, ist offenbar kein Gesetz, denn im hebräischen Text wird das futurum (ישׁפך) gebraucht, es scheint also blos göttliche Drohung zu seyn, daß der Mörder, wenn er auch gleich der weltlichen Obrigkeit verborgen bliebe, dennoch dem göttlichen Gerichte nicht entgehen, sondern durch Menschen wiederum gewaltsamen Todes sterben werde [80]). Will man aber diese Erklärung nicht gelten lassen, sondern jenen Ausspruch schlechterdings für ein göttliches Gesetz gehalten wissen, so kann doch dieses Gesetz ohnmöglich als ein allgemeines unwandelbares göttliches Gesetz angesehen werden. Denn sonst würde es natürlich auch auf den Dienstherrn anzuwenden seyn, der seinen Knecht oder seine Magd erschlagen. Allein diese That soll nach 2. B. Mose XXI. v. 20. und 21. mit dem Tode nicht, ja auch wohl gar nicht einmahl bestrafft werden, aus dem daselbst angehängten Entscheidungsgrunde: denn es ist sein Geld. Ja hät-

80) So erklärt diese Mosaische Stelle auch THOMASIUS in Diss. de iure principis Evang. aggratiandi homicid. cap. IV. §. 4. und HANNESEN in dem angeführten Opusculo, §. 31. u. folg.

hätten nicht die Söhne Jacobs wegen des an Hemor und seinem Sohn Sichem verübten Mords [81]) ebenfalls wieder mit der Schärfe des Schwerdts hingerichtet werden müssen, wenn jenes Gesetz allgemein und unabänderlich wäre? Allein daß dieses nicht geschehen, erhellet aus 1. B. Mose XLIX. v. 5. und 6. [82]). Es wäre also doch nur ein Zeitgesetz gewesen, welches den Noah und seine Kinder verbinden sollte, um sie für Mordthaten zu warnen [83]). Soviel hiernächst die Mosaischen Ehegesetze anbetrift, so darf der in denselben selbst enthaltene wichtige Unterschied zwischen natürlichen und willkührlichen Vorschriften nicht aus der Acht gelassen werden. Daß nun denselben freylich in Ansehung solcher Verordnungen, die ihren Grund schon in den natürlichen Gesetzen haben, eine allgemeine und unumstößlich verbindende Kraft beyzulegen sey, hat keinen Zweifel, allein von diesen ist auch hier die Rede nicht. Sondern die Frage ist, ob auch denjenigen Eheverboten Mosis, die blos in willkührlichen götlichen Vorschriften ihren Grund haben, eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit zuzueignen sey? und diese Frage ist mit Nein zu beant-

81) *Genes. XXXIV. v. 26.*

82) Noch mehrere Gründe hat Carl Ferd. Hommel in den philosophischen Gedanken über das Criminalrecht, herausgegeben von Dr. Rößig (Breslau 1784.) §. 58.

83) Man sehe MICHAELIS Comment. I. et II. ad leges divinas de poena homicidii, (in *Syntagm. commentation.* P. I. *Goett.* 1759.) Ebendesselben Mosaisches Recht Th. VI. §. 273. f. u. Dr. Leß Abh. kann die Todesstrafe auf den Kindermord ohne Verletzung der göttlichen Gesetze abgeschaft werden, in Dr. Posselt wissenschaftlichen Magazine 1. Heft Nr. 3.

beantworten. Denn es mangelt ihnen an einer nothwendigen Eigenschaft eines allgemeinen willkührlichen Gesetzes, indem sie in einem Gesetzbuche enthalten sind, welches damals nur einem einzigen Volke, nämlich dem Israelitischen, bekannt gemacht war, und dessen Sprache die übrigen Völker nicht einmahl verstanden: dahingegen ein willkührliches Gesetz Gottes, welches alle Völker auf der ganzen Welt angehen sollte, nothwendig durch göttliche Boten, die es so weit, als nur immer möglich, bekannt machten, fast eben so, wie das Evangelium durch die Apostel, an alle Völker hätte gebracht werden müssen. Eine solche allgemeine Bekanntmachung dieser Gesetze an alle Menschen auf der Welt hat aber bis jetzt noch von Keinem bewiesen werden können [84]). Doch Moses selbst giebt uns noch einen viel entscheidendern Beweis in dieser Sache. Man lese nur den Anfang des 18. Kapitels im 3. B. Mose, in welchem der Hauptsitz der Mosaischen Eheverbote ist, so wird man finden, daß nur allein den Israeliten die Beobachtung dieser göttlichen Vorschriften eingeschärft wird; und wenn gleich Moses in eben diesem Kapitel v. 24—29. den Cananitern zur Sünde anrechnet, daß sie nicht nach solchen Ehegesetzen gelebt haben, und von denselben zur Warnung der Israeliten sagt: daß Gott ihre Missethaten ahnden, und sie ihrer Greuel wegen aus ihrem Lande ausstossen wolle, weil sie solches verunreiniget haben; so läßt sich doch hieraus, daß die

84) Gesetzt auch, es liesse sich eine solche allgemeine Bekanntmachung erweisen, so würde es doch noch immer erst darauf ankommen, ob diese Bekanntmachung in der Absicht geschehen, daß sich dieselbe auf alle Nachkommen in perpetuum erstrecken solle; welches eben so wenig zu erweisen ist. S. EMMINHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. u. T. I. pag. 29.

Gesetze Mosis von den verbotenen Graden als leges positivae divinae universales anzusehen, so wenig erweisen, daß vielmehr das Gegentheil daraus erhellet, indem, wenn diese Gesetze für allgemeine positive Gesetze gehalten seyn sollten, sodann nicht abzusehen wäre, wie die Cananiter hätten wegen einer Uebertretung dieser Gesetze bestrafet werden können, die doch Gott nicht ihnen zugleich, sondern bloß den Israeliten durch Mosen hatte bekannt machen lassen. Es ist also ganz offenbar, daß unter den Greueln, daran die Cananiter sich und ihr Land verunreiniget haben, nicht jede in den Mosaischen Ehegesetzen auch nur aus blos willkührlichen Ursachen untersagte fleischliche Vermischungen, sondern solche Vergehungen wider die Keuschheit zu verstehen sind, die schon von Natur so schrecklich sind, daß die Abscheulichkeit einem jeden vernünftigen Menschen sofort in die Augen leuchtet, und zu welchen besonders diejenigen Sünden gehören, deren Moses v. 20. bis 23. des XVIII Capitels Erwähnung thut, als Sodomie, Knabenschändung, Ehebruch u. d. m. [85]).

Was übrigens das neue Testament betrift, so trage ich kein Bedenken, denen beyzutreten, welche die darin enthaltenen Vorschriften für keine eigentliche Gesetze, sondern nur für Lehr- und Glaubenssätze halten [86]).

Man

85) Man vergleiche hier besonders Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, welche die Heyrathen in die nahe Freundschaft untersagen. 3. Hauptst. §. 22. u. folg. (nach der 2. Aufl. Frankf. u. Leipzig 1786. 8.)

86) *I. H.* BOEHMER in Schiltero illustrato s. Emendat. et Addit. ad Schilterum. Lib. I. Tit. II. §. 2. Desgleichen HORN und FLOERCKE in ihren Observat. ad Schilterum a. a. O. Auch Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 49. S. 90. und §. 218. Not. *

Man wird sich davon selbst leicht überzeugen können, wenn man theils die Gelegenheit, bey welcher sie von Christo und seinen Aposteln vorgetragen worden sind, theils die Art des Vortrags, theils überhaupt die Verhältnisse und den Zustand der ersten Christen hierbey in Erwägung ziehet. Daß wir jedoch die im neuen Testament enthaltenen heilsamen Lehren bey Entscheidung mancher wichtiger Fälle zum Grunde legen, ja die heil. Schrift in dieser Hinsicht unter die Quellen unserer Rechtsgelahrtheit rechnen, ist nicht zu läugnen [87]).

§. 23.
Heutige Gültigkeit des besondern göttlichen, oder Mosaischen Positivrechts.

Es giebt also nur ein besonderes positives göttliches Recht, und wir verstehen darunter vorzüglich die in den Schriften Mosis enthaltenen willkührlichen Vorschriften, welche Gott besonders den Israeliten durch Mosen hat bekannt machen lassen. Dieses sogenannte Mosaische Recht [88]) wird in das kirchliche oder Ceremonialrecht und in das bürgerliche oder politische Recht eingetheilt, je nachdem es entweder die Art der Gottesverehrung bey den Israeliten bestimmt, oder die Rechte und Verbindlichkeiten festsetzt, die

87) S. meine Praecognita universae Iurisprud. Eccles. positiv. Germanor. (Halae 1786.) §. 16. und not. 1. S. 21. und folg. Desgleichen Schott im angef. Eherechte §. 48. S. 88.

88) Ueber das Mosaische Recht verdienen besonders Joh. Dav. Michaelis Mosaisches Recht. 2te Ausgabe. Frankf. am Mayn 1775. 6 Theile. 8. und *Petri* REGIS Moses legislator, seu de mosaicarum legum praestantia. *August. Taurinor.* 1779. 4. bemerkt zu werden.

sie als Bürger eines besondern Staats zu beobachten hatten. Die Ceremonialgesetze der Juden[89]) hatten hauptsächlich ihre Beziehung auf den damahligen Zustand des jüdischen Volks. Es sollte nämlich die den Israeliten darinn vorgeschriebene Art der Gottesverehrung theils Vorbild auf den Messias, theils Mittel seyn, das Volk Gottes, welches durch den langwierigen Umgang mit den Aegyptiern zu einem sinnlichen und in das Auge fallenden Gottesdienst einmahl verwöhnt war, gegen heidnischen Aberglauben und Abgötterey zu verwahren, und solches hierdurch von den übrigen Völkern der damahligen Zeit ganz abzusondern. Dieses Ceremonialgesetz der Juden ist nun, wie bekannt, im neuen Testamente ganz aufgehoben worden, und gehet also uns Christen gar nichts an. Die bürgerlichen Gesetze Mosis[90]) hingegen, welche ebenfalls auf die damahligen Umstände der Israeliten ihre hauptsächliche Beziehung haben, gelten heutiges Tages unter den Christen nur insofern, als sie in diesem oder jenem christlichen Staate ausdrücklich oder stillschweigend recipirt worden sind. Hieraus folgt, daß ein Landesherr diese Gesetze abzuändern oder wohl gar aufzuheben allerdings befugt sey, wenn die veränderten Umstände seiner Unterthanen solches erheischen[91]), oder er solches

89) S. *Io.* SPENCER de legibus Hebraeorum ritualibus, et earum rationibus. *Cantabrigiae* 1727. Tom. II. fol. und *Christph. Frid.* SARTORIUS de lege ceremoniali. *Tubingae* 1762.

90) *Sam.* STRYCK leges forenses mosaicae cum iure Romano collatae. *Lipsiae* 1745. 8. *Henr.* BODINI Diss. de obligatione forensi iuris divini. *Halae* 1696. rec. 1711.

91) Viele Verordnungen des Mosaischen Rechts sind daher heutiges Tages wegen veränderter Umstände gar nicht mehr anwendbar.

solches in einzelnen Fällen für gut hält. Daher ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß ein Landesherr einen Mörder begnadigen [92]), und auch in denjenigen Ehehindernisfällen des Mosaischen Rechts, die nicht auf natürliche, sondern bloß auf willkührliche Vorschriften sich gründen, dispensiren könne [93]).

Die heutigen Juden sehen zwar die Gesetze Mosis noch heutiges Tages als Vorschriften Gottes von immerwährender Verbindlichkeit an [94]); allein in Ansehung des heutigen Gebrauchs derselben ist zwischen Religions- oder Ceremonialsachen und den bürgerlichen Geschäften derselben ein Unterschied zu machen. In Ansehung der erstern gestat-

bar. Ein Beyspiel geben die Mosaischen Strafgesetze, welche heut zu Tage ihrer allzugroßen Strenge wegen, die freylich der Character des Volks zu erfordern schien, beynahe ganz ausser Gebrauch sind. S. Hommel in den philos. Gedanken über das Criminalrecht §. 3. und HELLFELD Diss. de legis mosaicae valore hodierno. §. XXII. Auch das Mosaische Gesetz, welches Zinsen verbietet, ist, aller Begünstigung des kanonischen Rechts ohngeachtet, (*c.* 3. u. 4. *X. de usuris*) durch die teutschen Reichsgesetze aufgehoben worden. R. A. vom J. 1600. §. 139. und vom J. 1654. §. 174. Denn es schränkte sich blos auf die damalige Lage und Armuth des Volks ein. Man vergleiche *Io. Dav.* MICHAELIS Commentat. de mente et ratione legis mosaicae usuram prohibentis. *Erfurti* 1746. 4.

92) KOCH Institut. iur. crim. §. 148. ibique allegati. Deßgleichen Hommel in den philos. Gedanken §. 57. und die oben Not. 83. von Michaelis und Leß angeführte Schriften.

93) Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 133.

94) S. Moses Mendelssohn Ritualgesetze der Juden. (Berlin 1778.) in der Einleitung.

gestattet man ihnen noch heutiges Tages den Gebrauch des Mosaischen Rechts mit Inbegriff der in ihrem Talmud enthaltenen nähern Bestimmungen und Erklärungen dieser Gesetze. Dieses ist eine nothwendige Folge der Duldung, und der damit verknüpften Gewissensfreyheit. Allein in ihren bürgerlichen Angelegenheiten, z. B. in Vormundschaften, Verträgen u. dgl. sind der Regel nach die in Teutschland befindlichen Juden sowohl überhaupt nach den gemeinen einheimischen und fremden Rechten, als insbesondere nach den Gesetzen des Landes, wo sie aufgenommen sind, sich zu richten schuldig, sie mögen nun mit einem Christen, oder unter sich zu thun haben [95]. Ihre Verbindlichkeit, sich nach dem römischen Rechte zu richten, ist schon durch das bekannte Gesetz der Kaiser **Arcadius** und **Honorius** entschieden [96]; und zum Ueberfluß hat man ihnen in einigen Landesgesetzen zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß sie die Landesrechte beobachten müssen [97]. Indessen leidet diese

95) S. ZIEGLER Diss. de iuribus Iudaeorum. Cap. I. §. 7. BOEHMER ius eccles. Protestant. T. IV. Lib. V. Tit. VI. §. 57. sqq. *Chr. Hartm. Sam.* GATZERT Tr. de iuribus Iudaeorum eorumque obligationibus praecipue parochialibus. (*Giessae* 1771.) §. 7. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 1. Th. S. 76. ff. und Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 1. B. S. 106. ff.

96) *L. 8. Cod. de Iudaeis.*

97) Z. B. in Marggrafen Christian Ernsts von Bayreuth Policeyordnung Tit. 35. und in der revidirten Policeyordnung Marggrafen Friedrichs vom 1. Sept. 1746. Tit. 37. §. 2. (in *Corp. Constit. Brand. Culmb.* II. Th. I. B. S. 674. u. 774.) Man sehe ferner die Königl. Preuß. Verordnung vom 4. Oct. 1696. in *Corp. Constitut. Marchicar.* Th. I. Abth. II. Nr. 63. S. 125.

dieſe Regel ihre Ausnahme 1) in ſolchen Staaten, wo die Regenten ihren Juden verwilliget haben, daß die Privatgeſchäfte und Streitigkeiten, welche ſie unter ſich haben, vorzüglich aus den Moſaiſchen und ihren eigenen jüdiſchen Rechten und Gewohnheiten entſchieden werden ſollen [98]. In dieſem Falle gelten die Landes- und gemeinen Rechte nur als ſubſidiariſche Entſcheidungsquellen, dafern nicht von ſolchen Geſetzen die Rede iſt, welche, um des gemeinen Beſten willen, allen Unterthanen, ohne Ausnahme, etwas gebieten oder verbieten. Sodann verſtehet es ſich auch, 2) daß wenn von ſolchen Gegenſtänden des bürgerlichen Rechts die Rede iſt, welche mit der den geduldeten Juden überhaupt geſtatteten Glaubens- und Gewiſſensfreyheit in Verbindung ſtehen, in ſolchen billig nach keinen andern, als nach den eigenen jüdiſchen Rechtsgrundſätzen geurtheilt werden könne [99]. Dahin gehören unter andern Eheſachen, und Succeſſionsfälle, wo ihre Einrichtungen oft von den Vorſchriften der gemeinen Rechte abweichen, zu deren heiligen Beobachtung die Juden ſich in ihrem Gewiſſen verbunden zu ſeyn glauben [100].

§. 24.

S. 125. Deßgleichen das Ausſchreiben der Königl. und Churfürſtl. Hannöverſchen Regierung von 1738. in *Corp. Conſtitut. Calemberg.* T. III. p. 438.

98) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de officio et poteſtate Rabbini provincialis in terris Brunſuico-Lüneburgicis. *Goettingae* 1751. §. IV.

99) Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 644. THIEL Principia iurisprudentiae iudaicae per Germaniam communis §. 30. 31. et 34.

100) BECK Tr. de iuribus Iudaeorum Cap. IV. §. 4. und Hrn. Hofr. Geigers Abhandlung, ob ein Rabbiner das Recht habe,

§. 24.

Von der gesetzgebenden Gewalt in Teutschland.

Dem göttlichen Positivrechte wird das menschliche entgegen gesetzt, welches diejenigen Gesetze in sich begreift, die in den erklärten Willen menschlicher Gesetzgeber ihren Grund haben. Dieses ist daher nach Verschiedenheit der Gesetzgeber sehr verschieden. Wir schränken uns hier blos auf Teutschland ein. Da nun das teutsche Reich nach seiner besondern Verfassung, theils im Ganzen, als ein Staatskörper, theils nach seinen einzelnen Theilen betrachtet werden kann, deren jeder für sich zwar einen besondern Staat ausmacht, und seine eigne der Majestät des Reichs untergeordnete Landeshoheit hat, aber doch mit dem ganzen Reiche im genauesten Verhältnisse stehet, so sind nun auch die einheimischen Gesetze Teutschlands von zweyerley Art, teutsche Reichsgesetze oder teutsche Landesgesetze. In Absicht auf das ganze teutsche Reich stehet zwar dem Kayser die gesetzgebende Gewalt zu, jedoch kann er für sich und aus eigener Macht keine Gesetze geben, welche durch das ganze teutsche Reich gelten sollen, sondern dazu ist die Einwilligung der Reichsstände erforderlich. Die gesetzgebende Gewalt des Kaysers gehört also zu den gemeinschaftlichen kayserlichen Rechten, bey deren Ausübung gleich Anfangs, als Teutschland durch die Verdüner Theilung 843. ein eignes Reich ward, der Consens der Reichsstände

habe, Vormünder zu bestellen, Inventuren und Theilungen vorzunehmen, und über Erbschaftsstreitigkeiten zu erkennen? §. 1. in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. Th. Nr. XXIX. S. 183. f.

stände erfordert worden ist [1]). Daß alle Stände in das zu gebende neue Reichsgesetz einwilligen müßten, ist nicht nothwendig, vielmehr ist schon in Absicht auf die nicht erscheinenden Stände durch den Freyburger Reichsabschied von 1498. §. 59. verordnet, und durch die Reichsabschiede von 1541. §. 66. und 67. und von 1542. §. 121. wiederholet worden, daß die erscheinenden Stände, es mögen ihrer viele oder wenige seyn, Gewalt haben sollen, über alles dasjenige, weshalb der Reichstag ausgeschrieben worden, zu rathschlagen und zu beschliessen, und was auf solche Art beschlossen worden, auch die Abwesenden binden solle, als ob sie gegenwärtig gewesen wären [2]). Jedoch giebt es Ausnahmen von dieser Regel, wo diejenigen Stände, welche nicht mit eingewilliget haben, an die mehreren Stimmen nicht gebunden sind. Diese Fälle sind im Osnabrükischen Frieden *Art. V.* §. 2. bestimmt. Es giebt auch Fälle, wo der Kayser oder gewisse Stände für sich etwas thun können, so daß gleichwohl das ganze Reich sich darnach richten muß, wovon im teutschen Staatsrecht gehandelt wird [3]). In den einzelnen teutschen Reichslanden stehet einem jeden Landesherrn das Recht zu, Gesetze zu geben, und zwar ist dieses ein eigenes Recht der Landeshoheit, zu dessen Ausübung weder eine Concession noch

1) Häberlins Auszug der allgemeinen Welthistorie. 1. Band S. 335. 8. B. S. 444. 10. B. S. 181.

2) S. neue Sammlung der Reichsabschiede Th. 2. S. 52.

3) Man vergleiche Carl Friedr. Gerstlachers Corpus iuris germanici publici et privati. 1. Band von Reichsgesetzen und Reichsordnungen. (Frankf. 1786.) 1. Kap. S. 15. u. folg.

noch Bestättigung des Kaysers erfordert wird. Ob aber unsere teutsche Landesherrn nicht wenigstens die Einwilligung der Landstände nöthig haben, wenn sie Gesetze geben wollen, ist eine Frage, bey deren Beantwortung die Meinungen der Staatsrechtsgelehrten getheilt sind, indem Einige die Concurrenz der Landstände bey Ausübung der gesetzgebenden Gewalt für schlechterdings gegründet; Andere aber dieselbe nur in denjenigen Fällen für nöthig halten, wo ausdrückliche Landesgrundgesetze, oder die Analogie der Landesverfassung diese Einwilligung der Landstände erfordern. Die erstere Meinung sucht **Reinharth** [4]) zu vertheidigen; die letztere aber behauptet **Hellfeld**, und hierin stimmen die meisten Publicisten überein. Ich glaube, daß die letztere Meinung allerdings gegründeter ist. Denn ist gleich nicht zu läugnen, daß nach der uralten gleich beym Aufkommen der Landeshoheit eingeführten Verfassung der teutschen Territorien die Landstände grossen Antheil an dem Rechte, Gesetze zu geben, gehabt haben [5]); so ist doch auch gewiß genug, daß die Verfassung von vielen Landen heut zu Tage unleugbar nicht mehr diejenige sey, welche sie vor Alters gewesen, und daß der Landesherr heutiges Tages vermöge neuerer Landesgrundgesetze und des heutigen Herkommens in der Landesregierung überhaupt freyere Hände habe. Daher kommt die heutige grosse Verschiedenheit der teutschen Territorien in Ansehung der landständischen Gerechtsame; ja es giebt Lande, in welchen sich die Landstände vermöge der notorischen Landesverfassung nur noch einen kleinen Rest der ihnen ehe-

4) in select. Observat. ad Christinaeum. Vol. I. Obs. 13.

5) Vergleiche **Struben** im gründlichen Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. Sect. II. §. VIII. not. b. S. 27. u. folg.

ehemals zugehörigen Rechte erhalten haben. Hieraus folgt, daß sich bey streitiger Concurrenz der Landstände in Ansehung der Gesetzgebung keine allgemeine Vermuthung weder für den Landesherrn, noch für die Landstände behaupten lasse, sondern hierin alles auf die Verfassung eines jeden einzelnen Landes ankomme[6]). Noch müssen wir hier nach Anleitung unsers Verfassers die so sehr bestrittene Frage erörtern, ob die Reichsstände wider die gemeinen Reichsgesetze in ihren Landen neue Ordnungen und Landesgesetze einführen, und dadurch jene aufheben oder abändern können?[7]) Auch hierin sind die Meinungen der Publicisten sehr verschieden. Wir gehen den sichersten Weg, wenn wir einen Unterschied machen zwischen denjenigen Reichsgesetzen, welche die Staatsverfassung des teutschen Reichs überhaupt, als ein Staatskörper betrachtet, oder die Verfassung der einzelnen Reichslande zum Gegenstande haben, und folglich sogenannte Reichsgrundgesetze sind; und solchen Reichs-

6) Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. I. Theil. N. X. S. 96. u. folg.

7) Ueber diese Frage haben ausser dem angeführten THOMASIUS noch folgende geschrieben: SILBERRAD f. resp. SCHEID in Diss. de potestate statuum Imperii leges in territorio ferendi recessibus Imperii contrarias. *Argentorati* 1756. Schnaubert kann ein Landesherr wider das gemeine Recht in Deutschland Landesgesetze machen? in Desselben Beyträgen I. Th. N. III. Moser von Reichstagsgeschäften S. 273. Derselbe von der Landeshoheit in Regierungssachen. 4. Kap. §. 48. 49. — von der teutschen Justizverfassung. 1. Th. S. 1160. Carl Friedr. Gerstlacher in Corpore iuris germanici publici et privati. 1. Band 1. Kap. S. 33. u. folg.

Reichsgesetzen, welche blos Privatsachen Reichsständischer Unterthanen zum Gegenstande haben, und daher Reichsprivatgesetze genennt werden. Reichsgesetze der erstern Art können einzelne Reichsstände durch ihre Landesgesetze nicht abändern; denn einmal ist hier der Wille des Kaisers und Reichs durchaus und schlechterdings gebietend; sodann aber würde auch durch die Abänderung solcher Reichsgrundgesetze immer ein ungerechter Eingriff in die besondern Rechte entweder des Kaisers oder der Stände des Reichs geschehen. Soviel hiernächst die Reichsprivatgesetze anbetrifft, so kommt es in Ansehung derselben zuförderst darauf an, ob ihnen die salvatorische Clausel beygefügt worden ist, oder nicht. Ist das erste, so ist keinem Zweifel unterworfen, daß jedem teutschen Landesherrn die Befugniß zustehe, solchen Reichsgesetzen durch Landesgesetze zu derogiren; denn dies bringt die Natur der salvatorischen Clausel mit sich. Hierdurch werden nicht allein zur Zeit des Reichsgesetzes vorhandene, sondern auch noch nachfolgende Gewohnheiten und Landesverordnungen, ob sie gleich dem Reichsgesetze widersprechen, selbst vom Reiche genehmiget. Beyspiele liefern uns K. Carls V. Peinl. Gerichtsordnung in der Vorrede, und der jüngste Reichsabschied §. 171. und 176. In dem letztern Falle hingegen, wenn nämlich ein Reichsprivatgesetz diese Vorbehaltungsclausel nicht enthält, so ist wieder unter den Reichsgesetzen selbst ein Unterschied zu machen. Sie sind nämlich entweder solche, welche das Reich des gemeinen Bestens wegen, als schlechterdings verbindliche Verordnungen dergestalt vorgeschrieben hat, daß sie durchaus in allen einzelnen Reichslanden befolgt werden sollen; (*leges Imperii absolute praeceptivae aut prohibitivae*) oder solche, die zwar wohl als allgemeine Verordnungen in Teutsch-

Teutschland promulgiret sind, deren Befolgung aber doch das Reich nicht so durchaus und schlechterdings fordert, sondern welche nur in subsidium, wenn andere verbindliche Verordnungen ermangeln, zur Richtschnur dienen sollen (*leges Imperii hypotheticae*). Ob ein Reichsgesetz zu dieser oder jener Gattung gehört, muß theils aus dem ausdrücklichen Inhalte des Gesetzes selbst, theils aus dem stillschweigenden und vermutheten Willen des Reichs bestimmt werden. Der stillschweigende Wille des Reichs ist vorhanden, wenn die Absicht des Gesetzgebers, und das durch das Gesetz zu bewirkende Wohl von Teutschland nicht anders erhalten werden kann, als wenn das Gesetz durchaus und schlechterdings in allen einzelnen Reichslanden befolgt wird. Dieses zum voraus gesetzt, so ist nun zu bemerken, daß kein teutscher Landesherr die Macht habe, gegen solche Reichsprivatgesetze etwas zu verordnen, deren allgemeine und genaue Beobachtung das dadurch zu bewirkende Wohl Teutschlands nothwendig macht. Wie würde z. E. der heilsame Zweck des Reichsschlusses von 1731. wegen Abstellung der Handwerksmisbräuche erreicht werden, wenn solcher nur an einigen Orten beobachtet würde, an andern nicht? Es gestattet auch weder die Unterwürfigkeit der teutschen Landesherrn und ihrer Territorien gegen die Majestät des Reichs, sich von der Verbindlichkeit solcher Reichsgesetze loszumachen, noch kann die Abänderung oder Aufhebung derselben durch entgegengesetzte Landesordnungen mit der Einheit des teutschen Staats bestehen. Ganz anders hingegen verhält sich die Sache mit den hypothetischen Reichsprivatgesetzen, denn in Ansehung dieser kann die Befugniß der Reichsstände, denselben durch besondere Landesgesetze zu derogiren, darum nicht bezweifelt werden, weil, wenn gleich

ein teutscher Landesherr dem Kaiser und Reich unterthänig ist, und nur eine von daher abhängige Hoheit besitzet, dennoch derselbe nichts destoweniger zugleich auch selbst Regent in seinem Lande ist, und darin die oberaufsehende und gesetzgebliche Gewalt zum Wohl desselben hat. Hierzu kommt, daß die Lage, Beschaffenheit und Umstände der einzelnen Reichslande so mannichfaltig sind, daß viele Reichsgesetze nicht für jedes Land sich schicken, in Ansehung derer es demnach gegen den zuverläßigen Willen des Reichs seyn würde, ein Reichsgesetz zum Nachtheil des Landes darinn zu beobachten. Vielmehr ist es in solchen Fällen dem Willen des Reichs allerdings für gemäß zu halten, daß der Landesherr, der die beste Kenntniß von der Beschaffenheit seines Landes hat, und dem zunächst das Wohl desselben am Herzen liegt, das Reichsgesetz in seinem Lande näher bestimmen, oder erforderlichen Falls gar abändern könne. Daß gegen die gemeinen fremden Rechte der Landesherr in seinem Lande Gesetze promulgiren könne, hat um so weniger Zweifel, da dieselben blos subsidiarische Rechte sind, die ohnehin den vorhandenen teutschen Gesetzen weichen müssen [8]).

Da übrigens die gesetzgebende Gewalt in den Reichslanden ein eignes Recht der Landesherrn ist, so verstehet es sich von selbst, daß den Justizcollegien, Regierungen und Stadtmagisträten in den Landesstädten kein Recht, Gesetze zu geben, zustehe, wenn ihnen der Landesherr solches nicht besonders verliehen hat [9]).

§. 25.

8) Schnaubert a. a. O. §. 2. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 129.

9) Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen Sect. II. §. VIII. n. b. S. 27.

§. 25.

Eintheilung der Verbindlichkeit in die natürliche, bürgerliche und vermischte.

Nachdem wir bisher von den verschiedenen Gattungen der Gesetze, besonders von den beyden Hauptarten derselben, den natürlichen und positiven gehandelt haben, so kommen wir nun auf die daher entstehende Eintheilung der Verbindlichkeit. Wenn nämlich die Frage ist, in welchem Gesetze sich eine Verbindlichkeit gründe? so lassen sich drey Fälle denken. Eine Verbindlichkeit ist entweder blos in dem Rechte der Vernunft, oder sie ist lediglich im positiven bürgerlichen Rechte gegründet; oder sie hat in beyderley Rechten, dem natürlichen sowohl als dem bürgerlichen, ihren Grund. Im ersten Falle heißt sie eine blos natürliche Verbindlichkeit; im zweyten eine blos bürgerliche, und im dritten eine vermischte Verbindlichkeit. Eine *obligatio mere naturalis* ist z. B. die Verbindlichkeit einer Frauensperson aus übernommener Bürgschaft, denn sie ist nach dem Naturrecht, nicht aber nach den römischen Gesetzen, zu bezahlen verbunden. Eine *obligatio mere civilis* aber ist z. B. die Verbindlichkeit eines Depositars zum doppelten Ersatz, wenn er ein Depositum miserabile veruntreuet hat. Denn das Naturrecht kennt diese Verbindlichkeit nicht. Eine *obligatio mixta* endlich ist z. B. die Verbindlichkeit des Käufers zur Bezahlung des bedungenen Kaufschillings, und des Verkäufers zur Uebergabe. Wir bemerken von den sogenannten vermischten Verbindlichkeiten noch folgende Wahrheiten:

1) daß eine Verbindlichkeit darum nicht aufhöre, eine natürliche zu seyn, weil sie im Civilrechte gleichfalls vorgeschrieben worden;

2) daß sie durch diese Wiederhohlung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliehre; daß folglich

3) derjenige, welcher sich auch sonst mit der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts entschuldigen kann, in Ansehung solcher gesetzlicher Vorschriften, die schon natürlichen Rechtens sind, sich darauf nicht berufen könne [10]; daß endlich

4) die natürliche Verbindlichkeit an sich mit ihrer Wirkung fortdauernd bleibe, wenn gleich die gerichtliche Klagbarkeit derselben durch Verjährung erloschen ist. Daher kann z. B. das Pfandrecht fortdauern, wenn gleich die wegen der Hauptschuld dem Gläubiger zustehende Klage präscribirt ist, weil dadurch die natürliche Verbindlichkeit nicht aufgehoben wird [11]; Wahrheiten, die eben so einleuchtend als practisch sind, und daher keines weitern Beweises bedürfen [12].

§. 26.

10) *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. 6. §. 1.

11) *L.* 2. *C. de luit. pignor.* Man sehe über dieses Gesetz AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. XII. n. 17. sqq. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 104. ff.

12) Weber im angeführten Buche §. 4. S. 9. u. f. Ebendesselben Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. §. 10. 11. und 12.

§. 26.

Wirkungen und Verhältnis der natürlichen Verbindlichkeit in foro civili. Begriff der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts. Was ist Billigkeit?

Man pflegt gewöhnlich die blos natürlichen Verbindlichkeiten, um deren Verhältniß und Wirkungen in den bürgerlichen Gerichten bestimmen zu können, auf zwey Hauptclassen zu reduciren, indem man sie in solche eintheilt, welche durch die bürgerlichen Gesetze gänzlich aufgehoben und verworfen, — und solche, die zwar nicht bestätiget, aber doch auch nicht ganz aufgehoben und vernichtet sind. Erstere nennt man *obligationes naturales plane destructas* sive *reprobatas*, letztere hingegen *obligationes naturales haud reprobatas*. Jene, sagt man, haben in Gerichten schlechterdings gar keinen Effect, so daß auch die etwa geschehene Erfüllung derselben sogar zurückgefordert werden könne. Letztere hingegen wären in Ansehung der gerichtlichen Wirkung nur eingeschränkt, und zwar dahin, daß wegen solcher Verbindlichkeiten nur keine Klage erhoben werden könne, sonst aber doch alle andere Wirkungen statt fänden. Man könne eine Einrede gegen die etwa nach dem strengen Recht dem Gläubiger zustehende Klage daraus hernehmen, das Innebehaltungsrecht ausüben, die Kompensation vorschützen, es habe ferner in Ansehung solcher Verbindlichkeiten ein Constitutum, eine Novation, ein Pfandrecht und Bürgschaft statt [13]). Man fügt weiter hinzu, der unterscheidende Character, woran man erkenne,

13) *L.* 7. *§.* 4. *D. de pact.* *L.* 6. *D. de compensat.* *L.* 1. *§.* 7. *D. de constit. pec.* *L.* 1. *§.* 1. *D. novat.* *L.* 5. u. 14. *D. de pignor.* §. 1. *I. de fideiussor.*

kenne, ob eine nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit in die eine oder in die andere Classe zu rechnen, sey lediglich darinn zu setzen, ob die Civilgesetze gestatten, daß die geschehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfe, oder nicht? [14]) So ist die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, welche nicht nur **Hellfeld** in diesem §. unabgeändert vorträgt, sondern die wir auch eben so schon vom Accursius an in allen Systemen und Compendien des bürgerlichen Rechts antreffen. Allein daß diese gemeine Vorstellungsart nicht nur mangelhaft, sondern auch offenbar unrichtig sey, hat neuerlich einer unserer besten Civilisten [15]) überzeugend dargethan.

Mangelhaft ist sie, weil nach dieser gewöhnlichen Lehre durchaus nicht abzusehen ist, unter welche Classe man die Liebespflichten bringen soll. Zwar will man sie unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten mit rangiren, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat [16]), allein eben dadurch erhält jene Theorie ein noch mislicheres Ansehen. Denn ist gleich nicht zu läugnen, daß die Erfüllung derselben nicht vermittelst einer Klage gefor-

14) *L.* 10. *D. de obligat. et action. L.* 19. *D. de condict. indeb.*

15) Herr Prof. Weber in seinem classischen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Würkung I. Abschn. §. 42. und folg. S. 128. ff.

16) Man findet eine solche Klassification unter andern beym *Io. Ortw.* WESTENBERG in Dissertationib. de causis obligationum Diss. I. Cap. IV. §. 9. ingleichen beym HAHN ad Wesenbecium *Tit. de obligationib. et action.* N. V.

gefordert werden könne, so liegt doch der Grund hiervon keinesweges in einer Verordnung des Civilrechts, sondern in der Natur und Wesen dieser Pflichten selbst. Denn da sie an sich auch in aussergesellschaftlichem Zustande mit Gewalt nicht erzwungen werden können: so lässet sich ohne Widerspruch nicht behaupten, daß die Civilgesetze ihnen eine Wirkung entzogen hätten, welche sie doch ihrer Natur nach nicht haben? Es liegt also ganz offenbar vor Augen, daß sie in den Systemen und Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts am ganz unrechten Orte stehen, wenn sie mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch besondere Vorschrift des Civilrechts ganz oder zum Theil unerzwingbar geworden sind, eine Classe formiren.

Unzutreffend ist ferner die gemeine Lehrart von der natürlichen Verbindlichkeit auch darum, weil, wenn man die ganze Summe der blos natürlichen Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich in den Civilgesetzen bestätigt worden sind, in Absicht der gerichtlichen Wirkung nur auf zwey Classen reducirt, nämlich, daß sie entweder durchaus ohne allen Effect, oder nur nicht klagbar, übrigens aber völlig wirksam sind, man hierdurch in die Verlegenheit gesetzet wird, allen natürlichen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Gesetze schweigen, den effectum agendi zu versagen, welches aber gegen die gesunde Vernunft, gegen den Geist des römischen und kanonischen Rechts, ja gegen den heutigen Gerichtsgebrauch selbst offenbar streitet, wie in der Folge gezeigt werden soll [17].

17) Daß diese irrige Meinung wirklich in den Systemen und Commentaren der trefflichsten Juristen herrscht, will ich nur durch ein paar Beyspiele erweisen. So schreibt *Io. God.* SCHAUM-

Irrig aber ist die gemeine Theorie aus mehr als einer Ursache. Denn erstlich ist es ein offenbarer Irrthum, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung durch die Civilgesetze nur zum Theil eingeschränkt worden, blos dahin bestimmt wird, daß die Gesetze deshalb keine Klage, wohl aber die übrigen Wirkungen zuliessen; indem uns theils die Gesetze selbst Fälle genug darstellen, wo bey einer solchen in Ansehung des gerichtlichen Effects eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeit dennoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfällt, sondern nur limitirt ist [18]); theils aber auch, wenn man sich das ganze Resultat der gerichtlichen Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit gedenkt, sehr leicht einzusehen ist, daß die Einschränkung derselben auf weit mehr als eine Art geschehen könne, so wie denn in der Folge diese verschiedene Arten aus den Gesetzen selbst erwiesen werden sollen. Zweytens ist es irrig, wenn man in den Fällen einer sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung desjenigen, was vermöge derselben ist gegeben worden, ohne Unterschied zu-

SCHAUMBURG in Compendio iuris Digestor. Lib. XLIV. Tit. 7. §. 3. Sigillatim vero, ut *obligatio* in foro *efficax* sit, et *actionem* producat, *lex civilis illi assistat*, requiritur. Quod ita necessarium est, ut sola *naturalis* obligatio, *licet perfecta sit*, externe *actionem* non producat. So auch *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. *Tit. de obligat. et action.* §. 3. Obligatio *naturalis* tantum est, quae solo nititur aequitatis naturalis vinculo, nullam quidem efficacem *iure civili* producens *actionem* ad persequendum id, quod ita debitum; sed tamen exceptionem patiens, ac soluti retentionem. Et haec ita, *si vel obligatio naturalis plena sit.*

18) Vergleiche *L.* 5. *pr. D. de auct. tutor. L.* 16-24. *D. de re iudicata.*

zulassen, und hierin den unterscheidenden Character zwischen einer nicht bestätigten und einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit setzen will; da die Fälle doch bekannt genug sind, wo selbst die bürgerlichen Gesetze die Zurückforderung des einmahl Gegebenen nicht verstatten. So z. B. gehört die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft einer Frauensperson offenbar zu den sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten, und doch steht einer Frauensperson, welche wuste, daß sie nicht aus der Bürgschaft gehalten sey, und dennoch bezahlete, die Zurückforderung nach den Gesetzen nicht zu [19]. So leuchtet also das Mangelhafte, Unbestimmte und Irrige des gemeinen Lehrbegriffs allenthalben hervor.

Richtiger wird die Sache auf folgende Art vorzustellen seyn. Daß natürliche Verbindlichkeiten zwar auch im bürgerlichen Zustande vorhanden und fortdaurend sind, doch aber durch die bürgerlichen Gesetze mancherley Modificationen erhalten können, ist schon oben (§. 17. u. 18.) dargethan worden. Hieraus folgt,

Erstlich: daß eine jede natürliche Zwangspflicht auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect habe, und in der Regel durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden könne, so weit ihr diese Wirkung durch die bürgerlichen Gesetze nicht ausdrücklich genommen ist;

Zweytens: daß, wenn auch dergleichen Einschränkungen wirklich vorhanden sind, diese dennoch, als Ausnahmen von der Regel, auf das strengste erkläret werden müssen, mithin die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des

19) Weber im angef. Buch 2. Abth. §. 76. hat noch mehrere Beyspiele hiervon.

des gerichtlichen Effects doch nur soviel verliehre, als das positive Recht derselben nahmentlich entzogen hat; und also diejenigen Wirkungen, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro civili fortdaurend ihr verbleiben;

Drittens: daß eine natürliche Zwangspflicht der Bestätigung des bürgerlichen Gesetzgebers nicht bedürfe, folglich allerdings auch alsdenn in den bürgerlichen Gerichten klagbar sey, wenn sie auch gleich in den Civilgesetzen nicht wiederholt bestätiget worden; endlich

Viertens: was an sich nur Liebespflicht ist, auch in foro civili nicht mehr Kraft habe, mithin in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden könne; es wäre denn, daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden. (§. 3. S. 33. u. folgg.)

Dieses vorausgeschickt, so reducirt sich nun das Verhältnis der blos natürlichen Verbindlichkeiten, d. i. derjenigen, welche in den Civilgesetzen nicht ausdrücklich bestätiget worden sind, in Absicht der gerichtlichen Wirkung, eigentlich auf drey Fälle. Sie sind entweder durch die bürgerlichen Gesetze ganz aufgehoben und destruirt, oder der gerichtlichen Wirkung nach nur eingeschränkt; oder sie sind weder reprobirt, noch eingeschränkt worden, sondern solche, deren die positiven Gesetze nicht erwähnen. Wir wollen von der letztern Art natürlicher Verbindlichkeiten und ihrer gerichtlichen Wirkung zuerst handeln. Daß diese entweder Liebes- oder Zwangspflichten seyn können, ist bekannt; und daß beyde auch im bürgerlichen Zustande diejenige Wirkung haben, die sie ausser diesem Zustande gehabt haben würden, ist schon vorhin bemerket wor-

worden; ich setze nämlich voraus, daß die bürgerlichen Gesetze ein anders nicht verordnet haben. Soviel demnach zuerst die Liebespflichten und deren Verhältniß im bürgerlichen Zustande anbetrift, so können selbige nun, wie bereits oben gezeigt worden, keinesweges unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten classificirt werden, die der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt sind, sondern sie gehören zu der von uns angegebenen dritten Classe der blos natürlichen Verbindlichkeiten; und wenn sie gleich in den Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden können; so lassen dennoch die Gesetze, wenn die Erfüllung einer solchen Liebespflicht einmahl geschehen, keine Zurückforderung zu, gesetzt auch, daß ein Irrthum dabey zum Grunde liegen sollte [20]). Der Grund hiervon, welchen die Gesetze selbst mit ausdrücklichen Worten angegeben, ist kein anderer, als weil derjenige, welcher in der Absicht, eine Liebespflicht auszuüben, etwas gegeben hat, nach rechtlicher Vermuthung das Gegebene hat schenken wollen. Was nun hingegen die in den bürgerlichen Gesetzen nicht ausdrücklich bestätigten natürlichen Zwangspflichten anbelangt, so ist zwar die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß eine natürliche Zwangspflicht an sich in foro civili nicht klagbar sey, wenn sie nicht durch ausdrückliche Vorschriften der Civilgesetze zu dieser Wirkung sanctioniret worden ist, allein, daß die Sache sich gerade umgekehrt verhalte, und vielmehr alle natürliche Zwangspflichten auch in den bürgerlichen Gerichten

20) *L. 65. §. 2. D. de condict. indeb.* Id quoque, quod ob caussam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, *quia donare volui*, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Man vergleiche auch hierbey *Sam. de* COCCEII in iure controverso Lib. XII. Tit. 6. Qu. 5.

ten völlig wirksam seyn, **sofern nicht durch die Civilgesetze namentlich eine Einschränkung geschehen**, folglich jene gemeine Lehrart ganz irrig, ja der gesunden Vernunft, dem Sinne des römischen und kanonischen Rechts, auch der heutigen Gerichtspraxis offenbar zuwider sey, ist leicht zu erweisen. Denn da **einmahl** im bürgerlichen Zustande niemand sich eigenmächtigerweise Recht verschaffen darf, sondern die Mitglieder des gemeinen Wesens angewiesen sind, ihre Rechte durch richterliche Hülfe geltend zu machen; so müssen ja auch nothwendig die Gerichte ihrer Seits verbunden seyn, einem Jeden zur Erlangung seines vollkommenen Rechts zu verhelfen. Da nun dergleichen Zwangsrechte und Verbindlichkeiten an sich allerdings auch ohne alle Vorschrift der positiven Gesetze statt finden können; so ist nicht abzusehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte erhobene Klage blos darum verwerffen könne, weil das Civilrecht derselben nicht gedenkt [21]). Mit diesen allgemeinen Vernunftgründen stimmen aber auch **zweytens** die in Teutschland geltenden positiven Rechte überein. Zwar ist nicht zu läugnen, daß in dem römischen Gesetzbuche verschiedene Aeusserungen enthalten sind, und manche Stellen vorkommen, welche der gemeinen Theorie das Wort zu reden scheinen; allein dieses darf uns gar nicht wundern, wenn wir bedenken, daß nach der Beschaffenheit der ältern römischen Rechtsgelahrtheit

21) Eben so urtheilen ausser den oben angeführten Hr. Prof. **Weber** §. 44. S. 136. auch *Io. Balth.* WERNHER in Diss. de auctoritate iuris civ. circa obligationes naturales. Viteb. 1701. NETTELBLADT in System. elem. Iurispr. posit. Germ. comm. general. §. 281. und **Eichmann** in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 87. n. 4.

heit und der Gerichtsverfaſſung faſt alles auf Formeln und wörtliche Solemnitäten ankam, und daß nach dieſer Anlage manche im natürlichen Zwangsrechte beſtgegründete Verbindlichkeit dennoch in foro Romano darum kein Gehör fand, weil für das Factum, woraus dieſe Verbindlichkeit entſprungen, noch keine Klagformel erfunden war. Man erinnere ſich hierbey an den Handel des röm. Ritters **C. Canius** mit dem **Pythius**, den uns **Cicero** [22]) ſo unterhaltend erzählt; es war evident, daß Canius war hintergangen worden; ſed quid faceret? ſagt **Cicero**, *nondum enim* AQUILIUS *protulerat de dolo malo formulas.* Allein ſeitdem die röm. Prätoren in ihren Edicten das alte formulariſche und ſtrenge römiſche Recht auf billigere und dem Naturrecht mehr angemeſſene Grundſätze reducirt haben, und die römiſchen Juriſten ihnen in ihren Commentaren über das Edict auf dieſem Wege nachgefolget ſind, ſo herrſcht eine ganz andere Sprache in den römiſchen Geſetzen. Nun wird überall der Richter mehr auf Naturrecht und natürliche Billigkeit, als auf den Buchſtaben der bürgerlichen Geſetze verwieſen. Placuit, ſo ſprechen die Kaiſer CONSTANTINUS und LICINIUS in der *L. 8. Cod. de iudiciis,* in omnibus rebus praecipuam eſſe iuſtitiae *aequitatisque,* quam *ſtricti iuris* rationem; und an einem andern Orte *L. 7. pr. D. de in int. reſtitut.* reſcribirt *Divus* ANTONINUS: Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus: tamen, *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum eſt. Wie deutlich iſt nicht ferner die Vorſchrift, welche dem Richter in der *L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco* bey Gelegenheit gegeben wird: In Summa, *aequitatem* quoque ante oculos habere debet

22) de officiis Lib. III. c. 14.

bet iudex. Noch eins. War nicht gerade zu diesem Endzweck die sogenannte *actio in factum* ganz vorzüglich eingeführt, daß sie das allgemeine Rechtsmittel seyn sollte, natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedenket, in foro civili geltend zu machen? [23]) Wer hieran zweifelt, lese nur, was **Papinian** sagt in der *L. 1. D. de praescr. verb.* Nonnunquam euenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae *in factum* appellantur; und **Pompon** erkennt bey dem Mangel der in den bürgerlichen Gesetzen selbst bestimmten Klagen die Nothwendigkeit der actionum in factum in folgenden Worten der *L. 11. D. eodem*: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in factum* desiderantur. Eben dieses bestärkt auch **Justinian** selbst im *§. ult. I. de lege Aquilia* durch folgendes Beyspiel: Cum non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. Der Grund hiervon ist kein anderer, als welchen **Paulus** an einem andern Orte *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae* mit folgenden Worten anführt: *hoc aequitas suggerit*, etsi iure deficiamur [24]). Wer nun bey so klar redenden Ge-

23) *Chr. Frid.* MEISTER Diss. de in factum actionibus Goettingae 1748. in Syllog. I. Opuscul. N. VII.

24) Mit Recht sagt daher J. L. Schmidt im praktischen Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden (Jena 1786.) §. 26. S. 24. Sonst bedeutet *actio in factum* diejenige Klage, welche weder aus den Worten noch aus dem Sinn der Gesetze, sondern aus der Billigkeit entspringt.

Gesetzen noch einen Augenblick daran zweifeln wollte, ob eine aus der bloßen natürlichen Billigkeit erhobene Klage nach dem römischen Rechte zulässig sey, der müßte mit Vorsatz der Wahrheit widersprechen wollen [25]). Noch viel wenigerem Zweifel aber ist die Sache nach den kanonischen und heutigen teutschen Rechten unterworffen. Denn so will das kanonische Recht, welches in proceßualischen Materien dem römischen Rechte vorzuziehen ist, ausdrücklich, daß nicht mit Spitzfindigkeit untersucht werden solle, was für eine Klage angestellet sey, sondern es soll nur darauf Rücksicht genommen werden, ob ein obligatorisches und in der Wahrheit gegründetes Factum vorhanden sey [26]). Die Teutschen endlich haben nie eine festgesetzte Anzahl der Klagen gehabt, sagt einer unserer berühmtesten heutigen Rechtsgelehrten [27]), sondern die Verbindlichkeiten blos nach der natürlichen Billigkeit abgemessen. Nie aber ist der römische Proceß, am wenigsten das Formularrecht, zur Anwendung gekommen. Die heutigen Rechtslehrer tragen daher mit Recht kein Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Klagen zu verstatten, wo die römischen Gesetze keine ein-

25) Noch mehrere Beweisstellen hat Hr. Prof. **Weber** a. a. Ort §. 46. S. 146. gesammlet.

26) *Cap. 6. X. de iudiciis.* Die Worte dieses *cap.* verdienen selbst hier angeführt zu werden: *Provideamus attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure* FACTUM IPSUM, *et* REI VERITATEM *secundum formam canonum, et sanctorum patrum instituta, investigare curetis.*

27) **Just. Claproth** in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proces 1. Th. §. 1. not. b. S. 3. u. f.

eingeführt haben [28]). Inzwischen dürfen auch hier die Grenzen nicht überschritten werden. Soll nämlich eine Klage in einem Falle, wo weder aus den Worten noch aus dem Sinne der Civilgesetze dergleichen entspringt, aus der bloßen natürlichen Billigkeit zugelassen werden, so wird hierbey vorausgesetzt, a) daß die Billigkeit nicht wider ein ausdrückliches und noch geltendes Gesetz streite; b) daß sie in einem unläugbaren Grundsatze des natürlichen Rechts beruhe; und c) ein Zwangsrecht zum Grunde habe.

Ich wende mich nun zu der Ausnahme von der Regel, oder zu denjenigen beyden Fällen, worauf man gewöhnlich das Verhältniß aller natürlichen Verbindlichkeiten, die in den Civilgesetzen nicht wiederholt bestätiget worden sind, in Ansehung der gerichtlichen Wirkung zu reduciren pflegt. Natürliche Verbindlichkeiten können nämlich im Staate entweder gänzlich reprobirt, und durch die positiven Gesetze schlechterdings aufgehoben, oder auch nur der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt seyn. Im erstern Falle cessirt nicht nur alle gerichtliche Wirkung derselben, sondern es hört auch auf Seiten des Schuldners selbst die natürliche Zwangspflicht dergestalt auf, daß dasjenige, was vermöge einer solchen gänzlich destruirten Verbindlichkeit den=

28) So z. B. verstatten Huber in Praelect. ad Institut. *tit. de Rer. divis.* §. 40. und Heineccius in Elem. iur. civ. sec. ord. Institut. §. 320. not.*) wider die *L.* 48. *D. de Rei Vind.* u. *L.* 33. *D. de condict. indeb.* heut zu Tage mit Recht die Klage aus der natürlichen Billigkeit (actionem in factum) demjenigen, welcher auf fremden Grund und Boden gebauet hat. Siehe auch Höpfner im Commentar über die Institut. §. 320. u. §. 1096 und folg.

dennoch aus Irrthum, ja zuweilen auch wissentlich gegeben oder gezahlet worden ist, wieder zurückgefordert werden kann. Ehe wir jedoch hierüber weiter ins Detail gehen können, wird es nöthig seyn, diejenigen Fälle auseinander zu setzen, wo die natürliche Verbindlichkeit nach der Vorschrift des Civilrechts gänzlich wegfällt. Hierher gehört einmahl, wenn die positiven Gesetze gewisse natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen aus besondern Ursachen durchaus verbieten, und dergestalt für ungültig erklären, daß gleich Anfangs keine Verbindlichkeit daraus im Staate entstehen kann. Die Gründe, wodurch bürgerliche Gesetzgeber veranlasset werden können, natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und die daher entstehenden mancherley Classen der verbietenden Positivgesetze haben wir oben schon erörtert. (§. 14. S. 94.) Zweytens: wenn der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Gesetze dergestalt aufgehoben wird, daß die Gesetze dem Gläubiger nicht blos richterliche Hülfe versagen, sondern ihn seines ganzen Rechts an sich verlustig erklären. Dieß ist zum Beyspiel der Fall, wenn die Abtretung einer Schuldforderung, zum Nachtheil des Schuldners, an einen Mächtigern geschehen [29]; oder wenn der Gläubiger, um seine Befriedigung zu erhalten, sich der verbotenen Selbsthülfe bedient hat [30]. In beyden Fällen ist nicht blos Verlust der Klage, sondern des ganzen Rechts an sich zur Strafe geordnet, und daher fällt auch nothwendig die natürliche Zwangspflicht gänz-

 lich

29) *L. 2. C. ne liceat potentior.*

30) *L. 13. D. quod metus causa.*

lich weg. Denn ist es gewiß, daß die Gesetze gewisse Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluste seines Rechts bestrafen können, was nicht leicht jemand leugnen wird; so kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältnis macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden ist [31]). Fragt man nun, in wiefern in den Fällen einer reprobirten oder ganz aufgehobenen natürlichen Ver-

31) Diesem ist die *L. 19. pr. D. de condict. indeb.* keinesweges entgegen, wo es heißt: *Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est; naturalis obligatio manet.* Denn diese Stelle beziehet sich lediglich auf solche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger blos die Klage entziehen, und insofern den Schuldner befreyen; nicht aber auf solche Gesetze, wodurch der Gläubiger seines ganzen Rechts verlustig erkläret wird. Deutlicher wird dieses in der *L. 9. §. 4. D. ad Sctum Macedon.* auseinander gesezt: Ii demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, *non quoniam exonerare eos lex voluit.* Es ist also in jedem einzelnen Falle die bürgerliche Disposition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und hieraus zu bestimmen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an sich abgesprochen, oder ihm nur gewisse Rechtsmittel versagt worden sind, in welchem leztern Falle die natürliche Verbindlichkeit in so weit fortdauert, als ihr die gerichtliche Wirkung nicht entzogen worden ist. Z. B. Wenn ein Vormund bey Uebernehmung der Vormundschaft seine Forderung an den Pupillen verschwiegen, so wollen ihn die Gesetze mit seiner Klage nicht weiter gehört wissen *Nov.* LXXII. *c.* 4. Da sie ihn also nicht mit dem Verlust seines ganzen Rechts bestrafen, so verstehet es sich von selbst, daß die natürliche Verbindlichkeit mit allen übrigen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauere. S. Weber im angef. Buche. §. 92. S. 426. und §. 94. S. 436.

Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezahlten zulässig sey? so ist nach der richtigern Meinung ein Unterschied zu machen, ob wegen eines bürgerlichen Verbots gleich Anfangs aus dem gegen dasselbe unternommenen Geschäfte keine rechtliche Verbindlichkeit entstehen können, oder ob ein solcher Fall vorhanden, wo die bürgerlichen Gesetze einer wirklich vorhandenen und bisher völlig klagbaren Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers ihre Wirkung ganz wiederum entzogen haben. Im letztern Falle findet die Zurückforderung nur alsdenn statt, wenn die Zahlung aus Irrthum geschehen ist. Denn zahlet der Schuldner dennoch wissentlich und freywillig seinem Gläubiger dasjenige, was letzterer den Rechten nach gar nicht weiter hätte fordern dürfen, so wird rechtlich vermuthet, daß die Zahlung animo donandi geschehen sey, in welchem Falle die Gesetze keine Repetition der einmahl geleisteten Zahlung gestatten [32]. Im erstern Falle aber ist auf den Grund des bürgerlichen Verbots, und das persönliche Verhältnis dessen, der die Zahlung geleistet hat, Achtung zu geben, und daraus zu beurtheilen, wie weit die Zurückforderung des Gegebnen statt finde. Hier kommen nun besonders diejenigen Fälle in Betrachtung, die wir schon oben in der Theorie vom verbietenden Rechte im Allgemeinen angegeben haben. (S. 94. u. folg.) Man unterscheide demnach, ob das bürgerliche Gesetz diejenige Handlung allgemein verboten habe, zu deren Erfüllung die Zahlung geschehen ist; oder ob solches nur allein gewissen Personen zu ihrem eignen Besten die Befugniß genommen, diejenige recht-

 liche

32) *L. 53. D. de Reg. Iur.* Cuius per errorem dati repetitio est, *eius consulto dati donatio est.*

liche Handlung einzugehen, die sie gegen das Gesetz dennoch unternommen haben. Im letztern Falle ist besonders das **persönliche Verhältnis** dessen in Obacht zu nehmen, der die Zahlung geleistet hat. Ist dieser Contrahent eine solche Person, der überhaupt die rechtlichen Erfordernisse, sich gültig zu verbinden, ermangeln, so ist es ausser allem Zweifel, daß, wenn ein solcher sich dennoch in Rechtsgeschäfte eingelassen, und solche erfüllet hat, die Zurückforderung des Gezahlten allerdings zulässig sey, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wissentlich, oder aus Irrthum geleistet worden. Z. B. wenn ein Pupill, oder ein gerichtlich erklärter Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt hat, so ist die von solchen Personen geschehene Zahlung an sich schon unkräftig, weil sie nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren können: es findet daher unstreitig eine Zurückforderung des Gezahlten statt [33]). Ist hingegen der Contrahent eine Person, die zwar nach den Gesetzen überhaupt die Fähigkeit hat, sich verbindlich zu machen, auch über ihr Vermögen ungehindert disponiren kann, allein die Gesetze haben ihr dennoch **zu ihrem eigenen Besten** die Eingehung des von ihr erfüllten Geschäfts untersagt, damit sie nicht durch ungebührliche Beredung und übereilte Zusage um das Ihrige gebracht werden möchte; ihr aber doch übrigens eine rechts-

ver-

33) Dies lehrt auch **Ulpian** in folgenden Worten der *L. 29. D. de condict. indeb.* ganz deutlich. Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. Nam in his personis *generaliter* repetitioni locum esse non ambigitur. Man sehe auch *L. 41. D. eodem.* Desgleichen COCCEII in **Iure civ. controv.** Lib. XII. Tit. VI. Qu. 7.

verbindliche Ratihabition zugelassen, wenn dabey solche Umstände eintreten, die den ernstlichen und freyen Willen einer solchen Person hinlänglich zu erkennen geben; wie dies der Fall bey einer Frauensperson ist, wenn sie sich verbürgt hat; so kommt es nun bey geschehener Erfüllung eines solchen verbotenen Geschäfts darauf an, ob dieselbe wissend, daß das eingegangene Geschäft, z. B. die übernommene Bürgschaft, zu Recht nicht beständig sey, dennoch freywillig Zahlung geleistet habe, oder ob solche aus Irrthum geschehen sey. So deutlich nun im letztern Falle die Repetition in den Gesetzen gestattet wird[34]), so wenig ist sie im ersten Falle für zulässig zu halten, weil die Gesetze hier nicht ohne Grund annehmen, daß unter solchen Umständen an einem freyen und hinlänglich überlegten Entschlusse nicht füglich weiter zu zweifeln sey[35]). Ist nun aber der oben angeführte erste Fall vorhanden, wo die Handlung nicht blos gewissen Personen, sondern allgemein verboten ist, so entstehet die Frage, ob und in wiefern hier dasjenige, was zur Erfüllung eines solchen verbotenen Geschäfts gegeben oder bezahlet worden, wieder zurückgefordert werden könne[36])? Nach der gemeinen Lehre, vermöge welcher die so-

34) *L.* 40. *D. de condict. indeb.* und *L.* 9. *Cod. ad Sctum Vellejanum.*

35) *L.* 26. *§.* 3. *D. de cond. indeb.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XVI. Tit. I. §. 12. fügt auch noch besonders den Grund hinzu: *quoniam consulto dati indebiti donatio est, donanti autem non succurritur.* Allein man sehe, was dagegen Hr. Prof. Weber im IV. Abschn. §. 77. S. 360. erinnert hat.

36) Hierbey vergleiche man besonders Webers angef. Buch §. 75-77.

sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit die condictionem indebiti allemahl zur Begleiterin haben soll, pflegt man die Regel zu geben, daß in solchen Fällen die geschehene Zahlung immer zurückgefordert werden könne. Allein daß diese Theorie höchst schwankend und unzuverlässig sey, wird die Folge lehren. Man mache vielmehr folgenden Unterschied: Entweder versiren beyde Theile, die den verbotenen Handel mit einander geschlossen haben, in pari turpitudine; oder es ist nur der Gläubiger allein derjenige, dem eigentlich die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen, weil er sich auf eine ungerechte Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern sucht; der Schuldner hingegen der, dem die Gesetze gegen die Gewinnsucht des erstern ihren Schutz angedeihen lassen. Ist das Erstere, so kann eigentlich keine Zurückforderung des Gegebenen in der Regel statt finden, wofern der Kläger nicht etwa ein Gesetz für sich hat, welches ihn ausdrücklich dazu berechtiget. Denn einmahl bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, daß wir gegen den, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regres zu unserer Entschädigung nehmen können. Zweitens bestärken dieses auch deutliche Gesetze, welche die Regel enthalten: ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, solutum repeti non posse [37]). Es wird nicht undienlich seyn, einige Fälle anzuführen, in welchen zu Folge unserer Regel die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleisteten Zahlung aus den angeführten Gründen wegfällt. Dahin gehört 1) der Fall, wenn

37) *L.* 3. u. 8. *D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Conf. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de pari turpitudine. Vittemb. 1734. §. XII.

wenn eine Sache verkauft worden, deren Veräusserung die Gesetze verbieten. Zwar hat bey diesem Falle der gemeine Lehrbegriff manchen Widerspruch unter den Rechtsgelehrten veranlaßt, und einige wirklich zur Behauptung des Gegentheils verleitet [38]). Allein da dieses schon von andern gründlich widerlegt worden ist, so dürfen wir uns dabey nicht weiter aufhalten [39]). Ein gleiches ist 2) auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Gesetze gewisse Personen vom Erwerbe gewisser Sachen ausschliessen, z. B. die Juden in Ansehung der unbeweglichen Güter; ingleichen wenn dieses oder jenes Gewerbe gewissen Personen untersagt ist. Wer sich mit solchen Personen in einen Handel einläßt, kann dasjenige, was er ihnen einmal gegeben und bezahlt hat, für seine Person nicht wieder zurückfordern. Ferner 3) wenn jemand zu einem verbotenen Spiele wissentlich Geld dargeliehen, welches ihm aber hernach von dem Spieler freywillig wieder bezahlet worden ist; auch hier findet keine Zurückforderung statt. Denn es ist unläugbar, daß beyde Theile die Gesetze übertreten haben, und eine speciellere Verordnung, welche die Zurückforderung des einmahl bezahlten gestatten sollte, findet sich nirgends. Eigentlich sollte nun auch nach diesen Grundsätzen die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld dem Mitspieler selbst nicht freystehen. Denn er hat doch gewiß im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, dem das Glück günstiger gewesen. Da aber gleichwohl ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler die Condiction durchgängig gestatten [40]), so ist die-

M 5

38) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CXC. med. 1.

39) Weber am angef. Ort §. 76. S. 349. f.

40) *L. 3. Cod. de aleatoribus.*

dieses freylich als Ausnahme von der obigen Regel anzusehen, wenn sie gleich mit keinem andern Grunde, als dem bekannten: ita lex scripta est, zu unterstützen seyn dürfte. Ich komme nun noch auf den letzten Fall, wenn die Gesetze nur eigentlich dem Gläubiger die Uebertretung der Gesetze zur Last legen, weil er sich auf eine unbillige Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern sucht; zum Beyspiel dient der unerlaubte Wucher, der commissorische Vertrag bey Verpfändungen, des pactum de quota litis u. a. m. In allen diesen Fällen ist es ausser allem Zweifel, daß die Zurückforderung des ungebürlichen Vortheils statt finde, und es ist hier völlig einerley, ob die Zahlung wissentlich oder aus Irrthum geschehen sey [41]). Denn hier kann keine gültige Ratihabition geschehen, weil in den angeführten Fällen die Gesetze durchaus nicht wollen, daß der gewinnsüchtige Gläubiger des ungerechten Vortheils theilhaftig werde. Ueberhaupt läßt sich hier die Regel geben: Wenn die bürgerlichen Gesetze gewisse Verträge und Geschäfte dergestalt verbieten, daß keine Ratihabition derselben gültig seyn soll, weil ihre Absicht vorzüglich dahin gehet, daß niemand durch listige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde, wenn er auch gleich sonst über sein Vermögen frey disponiren kann, mithin dem gemeinen Wesen selbst daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte gerade demjenigen verbleibe, der sich dessen ent-

41) S. D. *Ad. Diet.* WEBER Comment. de usuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione. (*Suer. Buetz.* et *Wism.* 1783. 8.) §. XIV. S. 66.

entäussern wollen, damit derselbe nicht dereinst als Bettler dem Staate zur Last falle, so findet repetitio soluti allemahl statt, wenn gleich der Empfänger vorschützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrthum zur Zahlung veranlaßt worden, sondern solche wissentlich geleistet hätte. Wenn daher z. E. Jemand, dem zu seiner künftigen Alimentation gewisse Güter vermacht worden, ohne richterliche Genehmigung einen Vergleich schließt, und im Gefolge desselben die vermachten Stücke weggiebt, so sagen unsere Gesetze [42]): *apparet posse repeti, quod datum est; quia transactio Senatusconsulto infirmatur*; und so ist es auch in Ansehung desjenigen, was über 500 Solidos ohne gerichtliche Insinuation ist geschenket worden [43]). Genug von den sogenannten obligationibus naturalibus reprobatis. Wir haben nun noch zuletzt von denjenigen natürlichen Verbindlichkeiten zu handeln, deren gerichtliche Wirkung durch die positiven Gesetze nur zum Theil eingeschränkt, nicht aber ganz aufgehoben worden.

Fragt man nun, in wiefern dieselben der gerichtlichen Wirkung nach durch die bürgerlichen Gesetze eingeschränkt seyn können? so ist die gewöhnliche Antwort diese: Es finde wegen solcher Verbindlichkeiten nur keine Klage, wohl aber die ganze Summe aller übrigen gerichtlichen Wirkungen statt. Allein denkt man sich den ganzen Umfang der gerichtlichen Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit, so wird man leicht einsehen, daß die Einschränkung derselben

42) *L.* 23. §. 2. *D. de condict. indeb.*

43) *L.* 27. und 36. §. 3. *C. de donationib.*

ben auf weit mehr, als eine Art, geschehen könne. Jede Befugnis, wenn sie in einem wirklichen Zwangsrechte bestehet, berechtiget uns a) unsere Forderung vermittelst einer Klage zu verfolgen, und zwar dahin, daß wir b) gänzlich ohne Abzug, auch c) zur gehörigen, durch Vertrag oder Gesetz bestimmten Zeit befriediget werden. Der Schuldner muß auch d) gerade dasjenige leisten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man sagt, aliud pro alio; der Creditor aber ist berechtiget, e) seine Schuld mit seiner Forderung zu compensiren, f) sich an die Bürgen und Pfänder zu halten, und was sonst noch für rechtliche Wirkungen eintreten können. So mancherley nun also die Rechte des Gläubigers und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit sind, so lassen sich auch natürlicher weise hier eben so viele Einschränkungen gedenken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch Vorschrift positiver Gesetze entweder ganz oder nur zum Theil entfernet ist. Gehen wir nun die bürgerlichen Gesetze durch, so zeigt sich auch diese Verschiedenheit wirklich. Bald ist wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die Klage durchaus unzulässig. So z. B. ist es ein Grundsatz des römischen Rechts, daß die simplen Verträge (pacta nuda) keine Klage hervorbringen; eben so wenig hat auch aus einer Geldanleihe solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, eine Klage statt. Bald ist die Klage nur in gewisser Hinsicht unstatthaft, so daß, z. B. nicht die ganze Schuld, sondern nur ein Theil davon, eingeklagt werden kann. Hierher gehören vorzüglich diejenigen Verordnungen des bürgerlichen Rechts, vermöge deren einem Schuldner zur Befriedigung seines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr

genom-

genommen werden darf, als es der standesmäsige nothwendige Unterhalt desselben zulässet, welches man das *beneficium competentiae* nennet. Die einzelnen Fälle, worin es statt findet, werden in der Folge gelegentlich vorkommen. Bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, welches in den Fällen geschiehet, wo dem Schuldner das *beneficium dationis in solutum* zustehet, wovon beym §. 1930. Bald darf der Gläubiger auf den ordentlichen Zahlungs-Termin nicht bestehen, sondern er muß dem Schuldner Nachsicht gönnen u. d. m. Daß also die Lehre derjenigen, welche die ganze Einschränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten lediglich darauf reduciren, daß die Klage gänzlich wegfalle, alle übrige Wirkungen aber fortdauernd blieben, offenbar unzulänglich sey, fällt in die Augen. Schon dasjenige, was der röm. Jurist Paulus 44) sagt:

44) *L.* 10. *D. de obligat. et actionib.* Julian sagt das nämliche fast mit denselben Worten in der *L.* 16. *§.* 4. *D. de fidejussor.* Aus dem Zusammenhange der leztern Stelle siehet man, daß die oben angeführten Worte in Beziehung auf die Bürgschaft zu erklären sind. Denn im vorhergehenden §. 3. hatte Julian die allgemeine Regel vorgetragen: *Fideiussor* accipi potest, quotiens est *aliqua obligatio* civilis, vel *naturalis*. Da nun die natürlichen Verbindlichkeiten von verschiedener Qualität und Wirkung sind, indem einige eine Klage hervorbringen, andere nur eine Einrede geben; so konnte leicht Zweifel entstehen, ob auch in Ansehung natürlicher Verbindlichkeiten der leztern Art eine gültige Fidejussion statt finde. Diesem Zweifel zu begegnen, sezt Julian §. 4. des gedachten Gesezes noch hinzu: *Naturales obligationes* non eo solo aestimantur, si *actio aliqua* earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia *repeti non potest*; und giebt hiermit zu erkennen, daß in der Materie von Bürgschaften beyderley Arten der natür

sagt: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si *actio aliqua* earum nomine competit: verum etiam si soluta pecunia repeti non possit, macht jene Theorie äusserst bedenklich, wenn wir zumal erwägen, daß sogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormunds contrahirt hat, die Klage nicht durchaus wegfalle, sondern daß er bekanntlich belangt werden könne, insoferne er durch den Handel reicher geworden. *Naturaliter* obligabitur sc. pupillus, so lauten die Worte

türlichen Verbindlichkeiten zu verstehen sind. So fällt nun alle Schwierigkeit der oben angeführten Worte der *L.* 10. ganz weg, und es ist gar nicht nöthig, zur Critic seine Zuflucht zu nehmen, und mit *Franc.* HOTOMANNUS Lib. III. *Observation.* cap. 2. *actio* NON *competit* zu lesen, welcher deshalb von *Siegm. Reichard* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationibus Pandectarum Cap. XIV. nr. 19. pag. 211. mit Recht getadelt worden ist. Noch eins kann ist hier nicht unbemerkt lassen. Die Inscription der mehrgedachten *L.* 10. *D. de O. et A.* lautet in den gemeinen Ausgaben, wie in der Florentinischen, so: PAULUS *lib.* 47. *ad Sabinum.* Allein Paulus hat nur *Libros XVI ad Sabinum* geschrieben. Dies erweißt der Index Pandectarum florentinus. Wahrscheinlich ist also hier eine Verwechselung der Namen Ulpian und Paulus vorgegangen. Denn, daß ersterer *Libros LI. ad Sabinum* geschrieben, ist gewiß. Ulpian hat auch gerade im 47sten Buch *ad Sabinum* von den Fidejussoren gehandelt, wie man aus der Vergleichung der aus eben diesem Buche genommenen Stellen unserer Pandecten beym *Abr.* WIELING in Iurisprud. restituta S. 314. deutlich siehet, und es ist sehr wahrscheinlich, daß *L.* 10. zwischen die *L.* 6. und 8. *D. de fidejussor.* ihren ehemaligen Sitz behauptet habe. Eben dieser Meinung ist auch *Petrus de* TOULLIEU in den von Joh. Wolbers herausgegebenen Collectaneis iuris civilis Diss. IV. cap. 4. S. 183. u. ff.

te des Ulpians [45]), in quantum *locupletior* factus est, hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, *in quantum locupletior factus est*, dandam esse, D. Pius rescripsit. Hier ist also, wie ein jeder von selbst siehet, eine natürliche, in Ansehung des gerichtlichen Effects eingeschränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobey jedoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfällt, sondern nur gewissermassen limitirt ist [46]). Aus allem diesen ergiebt sich nun soviel, daß wenn die römischen Gesetze von einer natürlichen Verbindlichkeit reden, sie nicht immer darunter eine solche verstehen, wegen welcher keine gerichtliche Klage statt findet, sondern sie verstehen vielmehr eine solche Obligation, welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt; und diese wird die natürliche Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts genennet [47]). Noch eins darf ich hierbey nicht unberührt lassen,

45) *L. 5. D. de auctorit. tutor.*

46) Eben dieses hat auch schon *Ge. Christoph.* NELLER in Diss. de obligatione praesertim naturali (in *Opusc.* T. I. P. I. S. 151. und folg.) §. X. richtig eingesehen.

47) Weber a. a. O. §. 55. Das Wort natürlich wird hier dem bürgerlichen entgegengesetzt, und unter jenem alles dasjenige verstanden, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, jedoch vermöge der bürgerlichen Gesetze diejenige Gültigkeit und Wirkung nicht hat,

lassen, daß nämlich die bürgerlichen Gesetze die gerichtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit nicht immer dergestalt eingeschränkt haben, daß der völlige Effect keinen Anfang gewinnen können, sondern es giebt auch Fälle, wo durch die Gesetze einer bisher völlig wirksamen Verbindlichkeit der weitere Effect aus Gründen versagt worden, welche nach natürlichen Rechten an sich den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht befreyen, noch die Befugnis des Gläubigers einschränken. Dahin gehört, wenn der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumt hat; desgleichen wenn die Gesetze den Gläubiger zur Strafe wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Gesetze die Befugnis zu klagen absprechen, ohne jedoch das Recht desselben, und die Verbindlichkeit des Schuldners an

hat, welche nach Vorschrift des bloßen Naturrechts statt finden würde. Es findet diese Bedeutung nicht blos statt, wenn die römischen Gesetze von einer *obligatione naturali* reden, sondern auch wenn sie von einem dominio naturali, so z. B. der Frau während der Ehe am Brautschatz zustehet, ferner von einer *cognatione naturali*, die aus unehelichem Beyschlafe, oder auch bey den Römern aus einer Sklavenehe entstand, reden. Uebrigens bemerke ich noch hierbey, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect nicht hat, eine uneigentliche, *impropria* seu *abusiva* von den röm. Juristen genennt zu werden pflegt, *L.* 16. §. 4. *D. de fideiuss.* *L.* 41. *D. de peculio*, weil nur eine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit im Sinne des Civilrechts *Obligatio* genennt wird, wie ich schon oben S. 14. bemerkt habe.

an sich aufzuheben [48]) und dergleichen Fälle mehr [49]). Da in allen diesen Fällen die Gesetze dem Gläubiger nur blos die Rechtshülfe versagen, und ihn mit seiner Klage nicht weiter gehört wissen wollen, so versteht es sich von selbst, daß die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit doch noch immer fortdauern, welche ihm die Gesetze nicht wirklich abgesprochen haben. So wenig sich also der Schuldner in diesen Fällen ermächtigen kann, das Bezahlte wieder zurückzufordern, so muß dem Gläubiger auch immer noch die Befugniß verbleiben, sich durch Compensation, Retention u. s. w. zu dem Seinigen zu verhelfen [50]). So viel von den natürlichen Verbindlichkeiten im strengsten Sinne des Civilrechts, welche in den bürgerlichen Gerichten nicht völlig wirksam sind; nun könnte zwar noch manches über die Wirkungen des Pfandrechts, der Bürgschaft, des Eides, der Compensation, u. s. w. in Ansehung dieser natürlichen Verbindlichkeiten gesagt werden [51]), damit ich jedoch die nöthigen Grenzen nicht überschreite, so behalte ich mir vor, von diesen Gegenständen

48) *L. 19. pr. D. de condict. indeb. L. 9. §. 4. D. ad SCt. Macedon.* Ein anderes ist es, wenn die Gesetze den Gläubiger zur Strafe seines ganzen Rechts verlustig erklärt haben, wovon oben bey den reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten gehandelt worden ist.

49) Man vergleiche hier Weber im angef. Buch §. 90. ff.

50) Die dagegen gemachten Einwürfe einiger Rechtsgelehrten hat Herr Prof. Weber a. a. O. §. 92. und ff. gründlich widerlegt.

51) Hiervon handelt Prof. Weber im 8. 9. 10. und 11. Abschnitt seines mehrgedachten classischen Werks.

ständen an denjenigen Orten der Pandecten zu handeln, wo die Materien selbst vorkommen werden. Da inzwischen Hellfeld bey dieser Gelegenheit uns noch auf den Begriff der Billigkeit hinleiten will, so wird es nöthig seyn, auch hiervon die nöthige Erläuterung zu geben, zumahl da der Unterschied zwischen Recht und Billigkeit größtentheils auf undeutlichen Begriffen beruhet [52]). Es ist nicht ohne Grund, wenn unser Verfasser bemerkt, die natürliche nicht reprobirte Verbindlichkeit komme im römischen Rechte unter dem Namen der Billigkeit vor; denn in der angeführten *L. 95. §. 4. D. de solut.* wird die natürliche Verbindlichkeit *vinculum aequitatis* genennt; und daß von einer nicht reprobirten natürlichen Verbindlichkeit daselbst die Rede sey, erhellet daraus, weil in dem angeführten Gesetz gesagt wird, daß sie durch den Vertrag, wodurch der Gläubiger seine Forderung dem Schuldner erläßt, ipso iure, d. i. sofort, und selbst dem strengen Rechte nach, aufgehoben werde. Allein das Wort *aequitas* hat in dem römischen Rechte noch mehr Bedeutungen. Billigkeit, wenn diese dem strengen Rechte (*iuri summo, stricto, rigori iuris*) entgegen gesetzt wird, bezeichnet erstlich alles dasjenige, was mit dem natürlichen Recht übereinstimmt; was hingegen blos die Vorschrift der positiven

52) Ueber die Billigkeit, deren rechtmäßige Anwendung, und ihren Unterschied vom strengen Rechte ist viel geschrieben. Die vorzüglichsten Schriften sind: BOLOGNETUS de aequitate et iure. SCHULTING D. de aequitate et stricto iure. (*Lug. Bat.* 1717.) KRESS D. de aequitate. (*Helmst.* 1731.) *Henr. God.* BAUER Progr. de aequitatis in iure usu. (*Lipsiae* 1761.) und *Ge. Christoph.* NELLERI Principia juris de aequitate; in *Opusculis* T. I. P. I. N. II. pag. 16 — 27.

tiven oder bürgerlichen Gesetze mit sich bringt, wird *ius* schlechtweg genannt. So z. B. sagt Ulpian[53]: Licet hoc *iure* contingat, tamen *aequitas* dictat contrarium; und Paulus[54]: haec *aequitas* suggerit, etsi *iure* deficiamur. Diese Billigkeit wird im römischen Rechte *aequitas naturalis*[55], *naturalis ratio*[56], *officium pietatis*[57], auch *pudor*[58] genennt. Zweytens heißt Billigkeit auch, was dem Sinne und der Absicht eines Gesetzes oder eines Vertrags, oder einer andern verbindlichen Verordnung gemäß, und also Resultat einer Auslegung ist, wobey auf die vorliegenden Umstände der Sache, und die besondern Eigenschaften, und Verhältnisse der Personen Rücksicht genommen wird[59]. Unter dem strengen Rechte hingegen verstehet man alsdann dasjenige, was der Buchstabe eines Gesetzes oder eines Vertrags oder einer andern Willensvererdnung besagt. Man nennt jene

 Billig-

53) *L.* 32. *pr. D. de peculio.*

54) *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

55) *L.* 1. *D. de minorib.*

56) *Pr. Inst. de nupt. L.* 5. §. 16. *D. de agnos. liber. L.* 7. §. 7. *D. de acquir. rer. dom.* und CICERO in Topicis sagt: AEQUITAS *est, quod naturalis ratio persuasit.*

57) *L.* 5. §. 17. *D. de agnos. et alend. liber.*

58) §. 1. *I. de fideicommiss. hered.*

59) *Vlric.* HUBER in Digression Iustinian. Lib. I. cap. V. §. 3. sagt: AEQUITAS *nihil quam benigna et humana iuris scripti interpretatio est, pro diversitate singularium, non ex verbis, sed e mente Legislatoris facta.* Und Modestin zeigt den Unterschied inter verba legis et mentem legislatoris durch ein schönes Beyspiel in der *L.* 13. §. 2. *D. de Excusat.*

Billigkeit *aequitatem iuridicam*, oder die richterliche Billigkeit, und der Unterschied zwischen dieser und der Strenge des Rechts bestehet darinn, daß letztere sich an die allgemeine Regel hält, die Billigkeit aber zugleich auf die gute oder schlimme Wirkung Rücksicht nimmt, welche die Anwendung der Regel im gegebenen Falle haben würde. Deswegen setzen diejenigen Rechtsgelehrten, welche über diesen Gegenstand geschrieben haben, die Billigkeit des Richters vorzüglich in eine vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen [60]). Sie verlangen ferner, daß ein billiger Richter die durch positive Gesetze eingeführte Ungleichheit soviel als möglich mildern, und überall auf die menschliche Schwachheit Rücksicht nehmen solle [61]). Welchen Begriff aber auch die Rechtsgelehrten mit der Billigkeit in dieser zweyten Bedeutung verknüpfen mögen, so kommen sie doch fast alle darinn überein, daß das strenge Recht in einer steifen Anhänglichkeit an die Theorie, die Billigkeit aber

60) Man vergleiche hier vorzüglich Ernst Ferd. Kleins Abhandlung über die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle; in Desselben Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. Band S. 357—390. und HARTMANN D. de aequitate iuridica. (*Kiel* 1730.) Siehe auch KRESS cit. Diss. Cap. I. §. 13. not. d.

61) KRESS in der angef. Diss. Cap. I. §. 18. giebt folgende Beschreibung von der Billigkeit: AEQUITAS *est*, sagt er, *habitus mentis vel doctrina, ubi secundum aequalitatis regulas, ex rationis ratiociniis haustas, hoc vel illud interpretando, sive iuri supplendo sive demendo, ad imbecillitatem generis humani respiciendo, benigne diiudicamus.*

aber in einem vernünftigen Ermessen der Folgen bestehe, welche die Anwendung derselben auf das Wohl des Staats und der einzelnen Mitglieder desselben haben könnte [62]. Selbst die römischen Gesetze [63]) empfehlen dem Richter die Billigkeit in diesem Verstande nachdrücklich, sie weisen ihn an, solche dem strengen Rechte vorzuziehen, insofern das Gesetz dadurch nicht abgeändert, sondern nur seiner Absicht gemäß angewendet wird. Denn die Billigkeit muß keine Abweichung von einer verbindlichen Regel enthalten. Vielmehr wird in ausdrücklichen Gesetzen [64]) dem Richter befohlen, auch ein hartes Gesetz, wenn es deutlich und categorisch ist, zu befolgen, und die Beobachtung der Billigkeit dem Gesetzgeber anheim zu stellen [65]). Es wird sich in der Folge bey der Lehre von der

62) KRESS in Diss. de Iure summo, iniuria summa Cap. 2. §. 6. et 7.

63) *L.* 18. *D. de Legib.* Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. — *L.* 8. *C. de iudiciis.* Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *iustitiae, aequitatisque,* quam *stricti iuris* rationem. Siehe auch *L.* 25. *D. de Legib.* et *L.* 90. *D. de Reg. iuris.*

64) *L.* 12. §. 1. *D. qui et a quib. manumissi.* Quod quidem perquam *durum* est; *sed ita Lex scripta est.*

65) *L.* 1. *C. de LL.* Inter *aequitatem, iusque* interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. Hier war von einer, dem Gesetze zuwiderlaufenden Billigkeit die Rede, die der eine Theil für sich anführte, da hingegen der andere Theil das offenbare Recht für sich hatte, wie NELLER in der oben angeführten Abhandlung §. XX. bemerkt hat. In einem solchem Falle darf der Richter nicht zu Gunsten des einen Theils gelind seyn, denn seine Gelindigkeit gegen den einen wäre

Interpretation noch mehr Gelegenheit finden, die Grenzen der richterlichen Billigkeit genauer zu bestimmen.

§. 27.

Begriff der Rechtsgelehrsamkeit. Was ist Theorie und Praxis derselben? Begriff des wahren Rechtsgelehrten.

Wir schreiten nun zur Entwickelung des Begriffs der Rechtsgelehrsamkeit selbst, und ihrer wesentlichen Eigenschaften und Theile, nachdem wir von den Rechten und Verbindlichkeiten, womit sich dieselbe beschäftiget, und den Gesetzen selbst, aus welchen jene herfliessen, das nöthige vorausgeschickt haben. Das Wort Rechtsgelehrsamkeit (*Iurisprudentia*) wird in zweyerley Bedeutung genommen.

1) Im objectivischen Sinn verstehet man darunter ein System von Lehren, welche die Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben. Wenn **Hellfeld** in der Note *k.* sagt: *Obiective* considerata iurisprudentia est scientia legum earumque adplicationis ad factum, so ist dies eigentlich der Begriff der Rechtsgelehrsamkeit im subjectivischen Verstande.

2) Subjectivisch genommen ist Rechtsgelahrtheit die wissenschaftliche Kenntniß der Gesetze, verbunden mit der Fertigkeit, sie auf die vorkom-

wäre Ungerechtigkeit gegen den andern. Wollen die streitenden Theile nicht selbst Gelindigkeit gegen einander beweisen, und der Richter findet Bedenklichkeit, dem andern zu zuerkennen, was das offenbare Recht mit sich bringt, so muß er die Entscheidung dem Gesetzgeber anheimstellen.

kommenden Fälle anzuwenden. Hellfelds Begriff: Iurisprudentia *subiective* considerata, est *habitus leges ad facta obvia recte applicandi*, ist nicht vollständig, denn er hat offenbar nur das definirt, was man die Praxis der Rechtswissenschaft nennt. Man theilt nämlich bekanntermassen die Rechtsgelehrsamkeit in die Theorie und Praxis ein [66]). Unter der Theorie des Rechts verstehet man die Fähigkeit, den wahren Sinn der Gesetze zu bestimmen, verbunden mit einer genauen Kenntniß von der Beschaffenheit, den Eigenschaften und Folgen derjenigen Handlungen, welche die Rechtsgelehrsamkeit zum Gegenstande hat. Zur ächten Theorie des Rechts gehört also

1) die Fähigkeit, den wahren Sinn der Gesetze, als welche die Normen der bürgerlichen Handlungen sind, festzusetzen. Diese Fähigkeit muß ein jeder, der auf eine gründliche Rechtsgelehrsamkeit Anspruch macht, in ihrem Umfange besitzen, weil er sonst beständig bey der Anwendung fehlen wird. Die Erfahrung lehrt, daß die Gesetze gemeiniglich nur einen oder wenige Fälle zur Veranlassung haben; und daß die Absicht des Gesetzgebers oft viel weiter geht, als die Worte ausdrücken, wird niemand läugnen, der nur einige Kenntniß von den Gesetzen hat. Hier hat nun der Jurist es auszumachen, wie dieser oder jener Fall der Absicht des Gesetzgebers gemäß nach dem Gesetz zu beurtheilen sey?

66) Man vergleiche hier Just. Claproths Vorrede von dem Verhältniß der Theorie und der Ausübung der Rechtsgelehrsamkeit, vor Desselben Grundsätzen von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsacten (Göttingen 1778.)

Zur Rechtstheorie gehört 2) die genaue Kenntniß von der Beschaffenheit der bürgerlichen Handlungen, welche den Gegenstand der Rechtsgelehrsamkeit ausmachen. Denn nach der Verschiedenheit dieser Handlungen richten sich die Rechte und die Verbindlichkeiten der Partheyen.

Endlich gehört auch 3) zur Rechtstheorie eine genaue Kenntniß der Folgen, welche mit den bürgerlichen Rechtshandlungen verknüpft sind. Die verschiedenen Arten von Klagen, der verschiedene Proceß, die verschiedenen Rechte, Verbindlichkeiten und Strafen und deren gehörige Anwendung hängen alle von diesem Theile der Rechtsgelehrsamkeit ab. Es bedarf daher wohl keines Beweises, daß in der Anwendung der Rechtsgelehrsamkeit überaus viel darauf ankomme, in diesen Puncten nicht zu fehlen. Denn welchem Rechtsgelehrten ist wohl unbekannt, daß eine Art des Processes weit zuträglicher als die andere, und die eine Klage entweder in Ansehung des Beweises oder in Ansehung der Hauptabsicht weit vortheilhafter, als die andere, sey?

Die Praxis der Rechtsgelehrsamkeit ist nun dagegen eine Fertigkeit, die Gesetze auf die vorkommenden Fälle anzuwenden, die bürgerlichen Handlungen mit Klugheit darnach einzurichten, und die entstandenen Rechtsstreitigkeiten gehörig zu behandeln, d. i. dieselben zu Ende zu bringen. Formelkram, und eine historische Kenntniß von dem Laufe des Processes machen zwar den sogenannten Schlendrian aus, verdienen aber nicht den Namen der juristischen Praxis.

Theorie und Praxis nach den angegebenen Begriffen sind nun so genau mit einander vergesellschaftet, daß sie von einander nicht getrennt werden können, daher es eine ungereimte Frage ist, ob nicht die eine vor der andern einen Vorzug habe[67])? denn die wahre Praxis läßt sich ohne eine gründliche Kenntniß der Theorie des Rechts ohnmöglich gedenken. Die Theorie ist also nur um der Praxis willen da. Die Praxis hingegen muß der Theorie erst das Leben geben; die Begriffe, die man bey der Theorie sammlet, werden erst durch die Praxis in die gehörige Deutlichkeit gesetzet, und bekommen daher ein Licht, welches ihr durch Umschreibung ohnmöglich gegeben werden kann. Derjenige nun, welcher nicht nur eine gründliche wissenschaftliche Kenntniß von der Theorie sowohl als Praxi der Rechtsgelahrtheit besitzet, sondern auch dieselbe zur Ehre Gottes und zum Wohl seiner Mitbürger wirklich ausübt, heißt ein Jurist, ein Rechtsgelehrter im eigentlichen Verstande*). Von

 diesem

67) S. *Io. Tob.* CARRACH Diss. de conflictu theoriae et praxeos iuris. Halae 1736. und *Mart. Gottl.* PAULI Diss. de theoriae et praxis iuridicae discordia. Lips. 1747. In einem andern Verstande, nämlich wenn man sich unter der Praxis den Gerichtsgebrauch oder die Gültigkeit der Gesetze in den Gerichten gedenket, kann ein Conflictus zwischen der Theorie und Praxis des Rechts statt finden. S. NETTELBLADT in System. element. doctrinar. propaedeuticar. iurispr. pos. germanor. comm. §. 41. S. 33.

*) Nicht unrecht sagt CICERO *de oratore* Lib. I. cap. 48. in fin. Sin quaereretur, quisnam Iurisconsultus vere nominaretur; eum dicerem, qui legum, et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum, peritus esset.

diesem unterscheide man 1) einen *Leguleius*, worunter ein solcher verstanden wird, der keine wissenschaftliche, sondern eine blos historische Kenntniß von den Gesetzen hat, sie zwar den Worten nach weiß, und überall mit seiner Gesetzkenntniß prahlt; aber den Geist derselben nicht versteht, und daher eine ungeschickte Anwendung davon macht; 2) einen Rabulisten, worunter man einen solchen versteht, dem es zwar nicht an Kenntniß, aber an Rechtschaffenheit und Güte des Herzens fehlt, die Gesetze gehörig anzuwenden, und welcher daher solche zum Schaden anderer zu verdrehen sucht; 3) einen *Empiricus*, denn ein solcher versteht gar keine Rechtstheorie, sondern hat blos den Schlendrian inne, welchen er aus der täglichen Uebung in der Gerichtsstube erlernt hat, und behandelt daher alle Rechtssachen blos mechanisch. Endlich unterscheide man einen Rechtsgelehrten auch 4) von einem *Iurisperito*, d. i. einem blosen Rechtsverständigen, der zwar eine gründliche Theorie des Rechts verstehet, allein von den erkannten rechtlichen Wahrheiten keinen Gebrauch macht [68].

Anmerkung *k*. Die römischen Juristen definirten die Jurisprudenz auf folgende Art. Iurisprudentia est *divinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque iniusti scientia* [69]. Diese Definition wird verschiedentlich erklärt. Einige halten dafür, **Ulpian**, aus dessen *lib. I. Regularum* diese Definition entlehnt worden, habe hierdurch anzeigen wollen, daß die Jurisprudenz ein Theil der

68) S. *Io. Christph.* SPITZ Diss. de Iurisconsulto, a iurisperito, leguleio et rabula quam maxime diverso. *Erfordiae* 1769.

69) *L.* 10. §. 2. *D. de Iust. et iur.*

der Philosophie sey, welche sich, so wie diese, mit göttlichen und menschlichen Dingen beschäftige, nur mit dem Unterschiede, daß sie sich in keine speculative Untersuchungen einlasse, sondern blos bestimme, was recht und unrecht in Ansehung derselben sey[70]. Daß die Alten die Philosophie in einer *notitia rerum divinarum atque humanarum* gesetzt haben, ist ausser allem Zweifel[71]; und daß die alten Philosophen sowohl als Rechtsgelehrten die Jurisprudenz für einen Theil der Philosophie gehalten, erhellet sowohl aus dem Zeugniß des Euphrates beym Plinius[72], als auch aus dem, was die römischen Juristen von sich selbst sagten: *se veram philosophiam, non simulatam affectari*[73]. Andere hingegen verstehen unter den *rebus divinis* das geistliche Recht, welches von dreyerley Art war, *ius feciale, pontificium* und *augurale*; unter den *rebus humanis* aber das ius civile. Sie erklären also die Ulpianische Definition so:

70) *Pet.* FABER in Comment ad **L. 1. D. *de I. et I.*** hinter Desselben *Semestr.* *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Praefat. de Iurisprudentia, divinarum humanarumque rerum notitia; vor seinem *Fascic. Scriptor. iur. naut.* GROTIUS in Florum sparf. ad ius Iustinian. p. 13.

71) CICERO *de Finibus bon. et mal.* Lib. II. c. 12. *de officiis* Lib. I. c. 43. *Quaest. Tuscul.* Lib. V. c. 3. SENECA Ep. 89.

72) *Lib. I. Ep.* 10. Adfirmat, etiam esse hanc *philosophiae*, et quidem pulcerrimam partem, *agere negotium publicum, cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam.*

73) ***L. 1. §. 1. D. h. t.*** *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. var. ad Pandect. ***Diff. hebd. II.*** §. 1. lieset nicht ohne Grund *assectantes* für affectantes. Jedoch sucht PÜTTMANN in Interpret. et Observat. pag. 77. die gemeine Leseart zu rechtfertigen.

so: die Jurisprudenz sey eine Wissenschaft göttlicher und menschlicher, oder geistlicher und weltlicher Rechte [74]). Noch andere denken sich unter den *rebus divinis* das natürliche und unter den *rebus humanis* das positive Recht [75]); die Rechtsgelahrheit sey also die Wissenschaft des natürlichen und positiven Rechts. Man erkläre nun die Definition des Ulpians, wie man will, so bleibt die Sache immer undeutlich, und sie kann daher h. z. T. um so weniger gebraucht werden, da sie aller Wahrscheinlichkeit nach aus den Grundsätzen und Begriffen der Stoiker herrührt [76]).

§. 28.

Zwey Haupteigenschaften des Rechtsgelehrten.

Ein Rechtsgelehrter, welcher auf die Würde dieses Namens einen gegründeten Anspruch machen will, muß also a) eine Fertigkeit haben, die Gesetze auf die

74) BYNCKERSHOEK in Diss. de cultu relig. peregr. Diss. I. in *Opusc.* (Lugd. Batav. 1719.) pag. 237. seq. GEBAUER Diss. de Iustitia et iure §. 11. ECKHARDUS in Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. 4. §. 134. *A. F.* SCHOTT Specim. iuris Digestor. ad Tit. de Iust. et Iure *Lipsiae* 1775. §. 2. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. IV. c. 16. Höpfner im Commentar. §. 22. Desgleichen MURETUS, MARCILIUS und IAN. *a* COSTA *ad §.* 1. *I. de I. et I.*

75) *Iac.* PERENONIUS in Animadvers. Lib. I. cap. 24. und *Ge. Sam.* MADIHN in Institut. iuris civ. (Halae 1764.) *Praecogn. gen.* Cap. II. Tit. 1. §. 57.

76) S. *Pet.* BURGII Elector. libr. cap. I. (in *Thes. I. R. Otton.* T. I. pag. 311.) Thom. PAPILLONII Commentar. in Tit. hunc. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 566.) und WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris. pag. 223. sq.

die vorkommenden Fälle anzuwenden, d. i. in jedem vorkommenden Falle zu bestimmen, was nach den besondern Umständen desselben den Gesetzen gemäß ist. Da jedoch ein Gesetz nicht richtig angewendet werden kann, wenn man keine deutliche Kenntniß von dem Sinne des Gesetzes hat, so muß auch b) ein Rechtsgelehrter die Fähigkeit haben, den wahren Sinn der Gesetze richtig zu bestimmen. Daher ist nun zuförderst die Lehre von der Erklärung der Gesetze nach Anleitung unsers Verfassers abzuhandeln.

§. 29.

Von der Erklärung der Gesetze.

Die Undeutlichkeit des Inhalts, die Zweideutigkeit der Worte eines Gesetzes, Mangel der Uebereinstimmung derselben mit der Absicht des Gesetzgebers, Widerspruch eines Gesetzes mit andern Gesetzen, alles dieses macht oft die Auslegung der Gesetze nothwendig [77]) Was heißt aber ein

77) Ueber die Erklärung der Gesetze haben viele geschrieben. Die vorzüglichsten Schriften sind. *Val. Guil.* FORSTER de interpretatione iuris (in OTTON. *Thesau. Iur. Rom. T. II.*) *Vinc.* PLACCIUS de Icto perfecto f. interpretatione Legum. *Holm. et Hamb.* 1693. 4. *Casp.* HORN Praelect. publicae de interpretatione iuridica *Viteb.* 1733. 8. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diss. de principiis interpretationis Legum adaequatis Lipsiae 1736. *Car. Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praestantiores ex adaequatis principiis demonstratae *Lipsiae* 1741. *Pet.* AMSINCK Disp. de Legum in corpore iuris Iustiniani interpretatione. *Trajecti* 1743. *Io. Iac.* OPPENRITTER Diss. de concinna Legum interpretatione *Viennae* 1745. 4. *Io. Died.* MELLMANN Comment. de interpretatione Legum Rom. praesertim Codicis

ein Gesetz erklären? nichts anders, als den wahren Sinn eines Gesetzes aus den Worten desselben, und der Absicht des Gesetzgebers entwickeln. Sinn des Gesetzes, oder, wie es im römischen Rechte genennet wird, *sententia legis* [78]) ist der Wille selbst, den der Gesetzgeber durch die gebrauchten Worte hat ausdrücken wollen. Um diesen Willen des Gesetzgebers richtig zu bestimmen, untersuche man zuerst den Wortverstand des Gesetzes (*sensum litteralem*), das ist, man setze die wahre Bedeutung der einzelnen Worte fest, und verbinde mit denselben diejenigen Begriffe, welche dem Sprachgebrauche und dem Zusammenhange der Worte gemäß sind. Weil jedoch die Erfahrung lehrt, daß die Worte nicht immer den Willen des Gesetzgebers vollkommen ausdrücken, indem selten ein Mensch seine Worte so genau faßt, daß er weder mehr noch weniger sagt, als er wirklich hat sagen wollen, so muß nun hiernächst der Gesetzausleger auch die wahre Absicht des Gesetzgebers ausforschen, und den Grund des Gesetzes untersuchen. Dieser bestimmt den ganzen Umfang des Willens des Gesetzgebers, und ist also mit Recht als die Seele des Gesetzes anzusehen [79]). Nur darf die nächste

dicis repetitae praelectionis *Kiel* 1770. und besonders *Christ. Henr.* ECKHARD Hermenevtica iuris cum notis *Car. Frid.* WALCHII Lipsiae 1779. 8. zu deren Berichtigung und Erläuterung auch *Io. Lud.* CONRADI Observationes iuris civ. (*Marburgi* 1782. 8.) dienen.

78) *L. 6. §. 1. D. de Verb. Signif. L. 29. D. de LL.*

79) *Io. Gottl.* FABER Disp de anima legum. *Tubingae* 1752. *Conr. Henr. Andr.* HEPKE Diss. de occasione et ratione legis. *Hanov.* 1754.

ste Absicht mit der entfernten nicht verwechselt werden. Daher ergeben sich schon vorläufig folgende Auslegungsregeln:

1) Der Rechtsgelehrte darf seine Gesetzerklärung nur auf die Voraussetzung derjenigen Absicht gründen, die der Gesetzgeber unmittelbar durch die Worte des Gesetzes zu erkennen geben wollte.

2) Diese Absicht selbst muß aus dem Zusammenhange der Worte, oder des Gesetzes mit allen übrigen, die über einerley Gegenstand vorhanden sind [80]), oder den historischen Umständen der Gesetzgebung, und andern Quellen mehr beurtheilet werden, von welchen ich in der Folge beym §. 36. umständlicher handeln werde.

§. 30.

Erklärung setzt Mangel der Deutlichkeit, und Unvollständigkeit des Gesetzes, voraus. Auslegung der Gesetze nach der Billigkeit; und Grenzen derselben.

„Es ist ein Uebel, sagt ein berühmter practischer Rechtsgelehrter [81]), wenn die Gesetze einer Erklärung bedürfen. Die Gesetze sollen keiner Rechtsklügeley ausgesetzet seyn.“ Dies kann wohl freylich nicht geleugnet werden;

80) D. *Gottl.* HUFELAND Diss. de Legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. *Ienae* 1785. und Hr. Prof. Westphal in der unten Note 86. angeführten Schrift §. 4. und 5.

81) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrheit S. 537. Dritter Abschn.

den; allein da die meisten unserer Gesetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umstände gegeben sind, so müssen wir sie, sollen sie zur Richtschnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung, auch noch für unsere Zeiten anwendbar zu machen suchen. Auslegung des Gesetzes setzt also immer voraus, daß ein fehlerhaftes, dunkeles oder unzureichendes Gesetz vorhanden sey. Ein Gesetz, das vollständig, deutlich, und bestimmt gefaßt ist, bedarf keiner Erklärung; sondern der Richter ist verbunden, solches in Anwendung zu bringen, wenn es ihm auch gleich hart scheinen sollte. Allein sollte der Richter nicht wenigstens unterweilen befugt seyn, aus Gründen einer vordringenden Billigkeit der Strenge des Rechts auszuweichen, und eine mildere Meinung anzunehmen? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen ihm zwar diese prätorische Macht beylegen [82]), und nach **Leysers** [83]) Meinung soll es einem Richter sogar freystehen, sich über den Mangel der vorgeschriebenen Solemnitäten hinwegzusetzen, wenn nur der Wille des Testators oder der Contrahenten klar ist; allein es lässet sich diese Meinung nicht schlechterdings rechtfertigen. Denn es ist bekannt, welche schlimme Folgen die sogenannte Billigkeit der Prätoren nach sich zog, und wie man ihre Partheylichkeit durch das Corneliußische Gesetz dahin einschränken mußte, daß sie wenigstens während ihrer kurzen Amtsführung nach einerley Grundsätzen verfahren, und schuldig seyn sollten, eben denselben Rechtssatz, den sie gegen andere angenommen hatten, in der Folge auch gegen sich selbst gelten zu lassen. Selbst die

82) C. F. HOMMEL Rhapsod. Quaeſtion. in foro quot. obv. Obſ. 439. p. 697.

83) Meditat. ad Pandect. Spec. III. med. 6. und 7.

die römiſchen Rechtsgelehrten äußerten oft ihre Mißbilligung über die Ungerechtigkeiten, welche unter dem Scheine der Billigkeit begangen wurden. Denn da ſelbſt die Meinungen von der Billigkeit ſo ſehr verſchieden, und ihre Grundſätze nicht beſtimmt ſind [84]), wie leicht kann ſich der Richter bey deren Anwendung nicht irren? Sehr treffend ſagt daher bey Entſcheidung eines gewiſſen Rechtsfalles der römiſche Juriſt **Paulus** [85]): *eſſe hanc quaeſtionem de bono, et aequo: in quo genere plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiae pernicioſe erratur.* Welche Ungewißheit des Rechts würde alſo nicht daraus entſtehen, wenn der Richter bey einer ganz deutlichen Vorſchrift des Geſetzes nach ſeinem eigenen Gefühl vom Recht oder Unrecht handeln, und dem Geſetz darnach einen Sinn beylegen wollte? Ja wie leicht würde Leidenſchaft des Richters, oder Unwiſſenheit deſſelben den Mantel der Billigkeit annehmen, und der Ungerechtigkeit und Partheylichkeit Thür und Thor geöffnet werden? Mit Recht haben daher andere jene Meinung verworfen, und den Richter auf gehorſame Befolgung der Geſetze eingeſchränkt [86]). Wenn nun aber doch die Geſetze ſelbſt den Rich-

84) SCAEVOLA ſagt z. B. in *L.* 14. *pr. D. de div. tempor. praeſcript.* de acceſſionibus poſſeſſionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire poſſumus: *conſiſtunt enim in ſola aequitate.*

85) *L.* 91. *§.* 3. *D. de verbor. obligat.*

86) Carrachs rechtliche Erörterung der Frage: Ob in Teutſchland eine Gerichtsobrigkeit unter dem Vorwande der Billigkeit von den Geſetzen abweichen könne? Nro. 44. der wöchentlichen Halliſchen Anzeigen vom Jahr 1764. *Henr. Chriſtph.* BERTUCH Diſſ. de eo, quod circa aequitatem iniquum eſt.

Richter anweisen, mehr nach der Billigkeit, als nach dem strengen Rechte zu urtheilen; so sieht ein jeder wohl, daß dieses eine ganz andere Bedeutung haben müsse, als welche jene Vertheidiger der Billigkeit zur Unterstützung ihrer Meinung angenommen haben. Hierher gehört, was **Paulus**[87]) sagt: In omnibus quidem, maxime tamen in iure, *aequitas* spectanda est; deßgleichen, wenn die Kr. **Constantin** und **Licinius** rescribiren: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *iustitiae aequitatisque* quam *stricti iuris* rationem[88]). Man führt auch noch die Worte des **Marcellus**[89]) an: Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, *ubi aequitas evidens poscit*, subveniendum. Allein alle diese Stellen beweisen im mindesten nicht, daß die positiven Gesetze, wenn sie hart wären, der Billigkeit weichen müßten. Die erste Stelle ist aus dem *lib.* 15. *Quaestionum* des Juristen **Paulus** genommen, wo von der Erklärung der Verträge die Rede

est. *Erf.* 1736. *Henr. God.* BAUER Pr. de aequitatis in iure usu. *Lips.* 1761. *Io. Diet.* MELLMANN Orat. de decisione causarum ex Legibus aequi et boni. *Kilonii* 1778. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. IV. med. 9. u. 10. Westphals Untersuchung der Frage, ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen ausserordentlichen Nothfalls wegen gültig sey? im Niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz u. jurist. Litteratur herausgegeben von D. Koppe 2. Band. N. 27. S. 293 — 305.

87) *L.* 90. *D. de R. I.*

88) *L.* 8. *C. de iudiciis.*

89) *L.* 183. *D. de Reg. Iuris.*

Rede war [90]), und will, daß man nicht bey den Worten stehen bleiben, sondern auf die Absicht der Contrahenten sehen solle [91]). Die zweyte Stelle redet ebenfalls nur von der geschickten Anwendung der Gesetze mit billiger Rücksicht auf die wahre Absicht und den Zweck derselben. Die letzte Stelle endlich ist aus der *L. 7. pr. D. de restit. in integr.* zu erklären, denn beyde sind aus dem *lib. 3. Digestor.* MARCELLI genommen. Aus dieser Verbindung sieht man, daß von dem Falle die Rede war, wo Jemand, welcher im Gericht, seiner Sache wegen die Nothdurft zu beobachten, war aufgerufen worden, sich nicht gemeldet, und daher wegen Versäumniß sein Recht verlohren hatte. Er hatte den Aufruf nicht gehört, und nach den Umständen, ohne sein Verschulden, nicht hören können, und suchte daher die Wiederherstellung in den vorigen Stand. Nichts ist billiger, als daß hier der Parthey, welche ohne ihr Verschulden um ihr Recht gekommen, ex clausula Praetoris generali geholfen werde; daher auch Kr. Antonin ihr solche durch sein Rescript angedeihen lässet [92]). Hier ist also eben so wenig, wie in den vorhergehenden Gesetzstellen, zu befinden, daß ein Richter, als solcher, sich herausnehmen dürfe, von einem Gesetze, welches er für unbillig

 hält,

90) Dieses erhellet aus der Vergleichung der aus eben diesem Buche der Quästionen des Paulus in den Pandecten vorkommenden Stellen beym WIELING Iurisprud. restituta S. 190 und HOMMEL Palingenes. iuris.

91) CUIACIUS in Commentar. ad Pauli Quaest. und GIPHANIUS in Commentar. ad tit. de Reg. Iur. *ad L. 90. n. 3.*

92) *Iac.* GOTHOFREDUS *Comm. in tit. Dig. de R. I. p.* 730. *Pet.* FABER *Comm. ad tit. Dig. de Reg. Iur.* h. l.

hält, abzuweichen, vielmehr ergiebt sich aus den angeführten sowohl, als andern Stellen des römischen Gesetzbuchs, daß die dem Richter von den Gesetzen selbst empfohlne Billigkeit darinn bestehe:

1) Daß er nicht bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben, sondern überall auf die Absicht sehen müsse, welche durch das Gesetz unmittelbar erreicht werden soll. *Benignius* leges interpretandae sunt, sagt Celsus[93]), *quo voluntas earum conservetur.*

2) Daß er alle Umstände der Sache in genaue Erwägung ziehe. Sind diese besondern Umstände so beschaffen, daß man nicht zweifeln kann, der Gesetzgeber würde für diesen besondern Fall eine Ausnahme bestimmt haben, wenn er ihn so, wie er sich zugetragen hat, vorausgesehen hätte; so ist es die Pflicht eines billigen Richters, auf den Grund des Gesetzes zum Vortheile deßjenigen Rücksicht zu nehmen, der sonst einen unverdienten Nachtheil erleiden würde. Nulla enim iuris ratio, sagt Modestin[94]), aut *aequitatis benignitas* patitur, ut, quae salubriter *pro utilitate hominum* introducuntur, ea nos duriore interpretatione *contra ipsorum commodum* producamus ad severitatem.

3) Daß er auf den Zustand und die besondern Eigenschaften und Verhältnisse der Personen Rücksicht nehme, auf deren Handlungen er die Gesetze anwendet. Dieß findet besonders bey der Anwendung peinlicher Gesetze statt. Et omnino, so rescribirt K. Antonin

93) *L. 18. D. de Legibus.*

94) *L. 25. D. eodem.*

nitt [95]), *ex personarum conditione, et rerum qualitate*, diligenter aestimandae sunt poenae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit. Allein nicht blos Criminal-Fälle, sondern auch bürgerliche Verbindungen sind, vorzüglich aber die häusliche Gesellschaft, nach den Regeln der Billigkeit zu beurtheilen. So müssen z. B. die Rechte der Eheleute, der Eltern gegen die Kinder, und der Herrschaft gegen das Gesinde immer mit Rücksicht auf die besondern Eigenschaften, Umstände und Bedürfnisse der Personen bestimmt werden. Wenn daher z. B. der Knecht über seinen Herrn Klage führt, daß dieser ihm allzuschwere Arbeit auflege; so müßte der Richter sowohl die Bedürfnisse des Herrn, als die persönlichen Eigenschaften des Knechts erwägen, und hiernach sein Urtheil sprechen. Weiter bestehet auch die Erklärung nach der Billigkeit darinn,

4) daß in zweifelhaften Fällen, wo es weder der ausdehnenden noch der einschränkenden Erklärung an Gründen fehlt, jedoch keine derselben etwas überwiegendes für sich hat, der Richter mehr geneigt seyn müsse, die gelindere Meinung vorzuziehen, d. i. diejenige Erklärung anzunehmen, die am meisten mit dem Naturrechte übereinkommt, oder wenigstens von der Strenge am meisten entfernt ist [96]); Mithin

95) *L.* 4. §. 1. *D. de incendio, ruina etc.* Eben dieses ist es, wenn die P. G. O. Carls V. so oft den Richter anweißt, nach Gelegenheit und Gestalt der Person die Strafe zu bestimmen. Z. B. Art. 106. 114. 119. 159. u. a. m.

96) NETTELBLADT System. elem. Iurispr. posit. Germanor. commun. general. §. 230. sagt; *Dicitur* BENIGNA INTERPRETATIO,

5) bey bürgerlichen Streitigkeiten diejenige Art der Auslegung vordringen lasse, nach welcher die Handlung, über deren Gültigkeit gestritten wird, eher bey Kräften erhalten, als zernichtet wird [97]; hingegen

6) in Straf- und Criminalfällen geneigter sey, zu absolviren als zu verurtheilen, oder die Strafe eher zu mildern als zu schärfen [98].

§. 31.

Eintheilung der Gesetzerklärung in die legale und doctrinelle.

Die Auslegung eines dunklen Gesetzes geschiehet nun entweder vom Gesetzgeber selbst, oder von einem Rechtsgelehrten mit Hülfe und Anwendung der Regeln der Hermenevtic. Im erstern Falle wird die Interpretation eine legale, in dem letztern aber eine Doctrinalerklärung genennt.

TIO, *per quam is sensus pro vero adsumitur, qui legibus naturalibus magis convenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest ambiguitas, id est,* PLURES INTERPRETATIONES AEQUE PROBABILES SUNT. *Hinc in L. 9. D. de Reg. Iur. dicitur:* semper in obscuris, quod MINIMUM est, sequimur, *et in L. 3. D. de his, quae in testam. del. haec regula obvenit:* in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius.

97) *L.* 12. und 21. *D. de rebus dubiis.*

98) *L.* 42. *D. de poenis. L.* 155. *§.* 2. *D. de Reg. Iuris.* Man sehe übrigens noch *Marq.* FREHERI Sulpitius, sive de aequitate Commentarius (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* Tom. IV. pag. [illegible] sqq.) und RIVINUS de benigna ICtorum interpretatione. *Vitemb.* 1752.

genennt. Von beyden Gattungen wird in den nachfolgenden Paragraphen gehandelt.

§. 32.

Von der Authentiſchen- und Uſualinterpretation.

Die legale Geſetzerklärung wird nach der gewöhnlichen Lehrart der Rechtsgelehrten wieder in die a v t h e n t i ſ c h e und u ſ u a l I n t e r p r e t a t i o n eingetheilt. Jene iſt, wenn der Geſetzgeber ſelbſt und unmittelbar ein dunkeles Geſetz mit deutlicheren Worten erklärt; dieſe aber, wenn der Geſetzgeber eine in den Gerichten angenommene Erklärung eines dunkelen Geſetzes entweder ſtillſchweigend billiget, oder ausdrücklich befohlen hat, daß man in Fällen, wo die Geſetze nicht deutlich redeten, auf den bisherigen Gerichtsgebrauch ſehen ſolle. Gegen dieſe Eintheilung wird zwar verſchiedenes nicht ohne Grund von einigen Rechtsgelehrten eingewendet, welche nur die Doctrinalerklärung allein für die einzige ächte Gattung der Geſetzerklärung halten wollen, weil der Geſetzgeber nicht wie ein Rechtsgelehrter an die Regeln der Auslegungskunſt gebunden ſey, ſondern den Sinn eines dunkeln Geſetzes nach Willkühr beſtimmen könne; mithin in dem Falle vielmehr ein neu Geſetz gegeben werde, wo man dem Oberherrn eine avthentiſche Interpretation zuſchreibt; die Uſualerklärung aber vielmehr für eine Art des Gewohnheitsrechts anzuſehen ſey. In beyden Fällen beruhe alſo die Kraft der Interpretation nicht ſowohl auf richtiger Beſtimmung des Sinnes eines dunkeln Geſetzes, ſie weiche vielmehr öfters von dem richtigen Sinne des Geſetzes ganz ab, ſondern die avthentiſche Geſetzerklärung gründe ſich auf das Anſehen des Geſetzgebers, von welchem ſie geſchehen, die Uſualinterpretation aber auf die

Observanz und den Gerichtsbrauch [99]). Allein da beyde Arten der Gesetzerklärung in den römischen Gesetzen selbst als solche anerkannt sind [100]); und überdieß doch wohl dem Gesetzgeber die Absicht am besten bekannt seyn muß, die er durch die Worte des Gesetzes erklären wollte, so kann jene Eintheilung allerdings beybehalten werden [1]). Wir bemerken übrigens noch folgendes:

1) Da jedem Richter vermöge seines Amts das Recht zusteht, Gesetze zu erklären, so lange er nach richtigen Regeln der Auslegung den wahren Verstand derselben zu bestimmen vermag; so folgt, daß zur Nothwendigkeit einer avthentischen Interpretation nur sodann geschritten werden dürfe, wenn der Sinn eines Gesetzes so zweifelhaft ist, daß er sich schlechterdings nicht nach vernünftigen Regeln der Auslegung mit Gewißheit bestimmen lässet.

2) Un-

99) S. HOLDERRIEDER de princip. interpretat. adaequatis. §. V. et VI. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. I. §. 37. u. 38. CONRADI Obiervationes iuris civ. pag. 62. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. II. med. 1. u. a. m.

100) *L. 1. L. 9. L. 12. C. de Legibus. L. 37. et 38. D. eodem. Nov. CXIII. cap. 1. princ.*

1) S. NETTELBLADT Syftem. elem. Iurisprud. pos. Germanor. commun. gener. Lib. I. Sect. III. §. 227. und §. 239. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. §. 150. Höpfner im Commentar §. 24. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 106. u. folgg. *Io. Chr.* WOLTAER Obiervat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. I. Obs. I. und *Gottl.* HUFELAND in Praecognitis iuris Pandectarum hodierni (*Ienae* 1795. 8.) §. 42. et 43.

2) Unter dieser Voraussetzung findet auch nur bey den Privilegien die avthentische Auslegung statt [2]. Denn diejenigen schränken offenbar die Grenzen der richterlichen Gewalt zu sehr ein, welche den Richter in einem jeden Falle, da über den Verstand eines Privilegiums sich Zweifel ereignen, zum Throne des Landesherrn verweisen wollen [3].

3) Ob aber ein solcher Fall vorhanden sey, wo eine interpretatio avthentica vom Gesetzgeber selbst zu erwarten, kommt nicht sowohl auf die Aeusserung der einen oder der andern streitenden Parthey, oder deren Sachwalters, sondern auf das arbitrium iudicis, oder die Bestimmung des Gesetzgebers an.

4) Auch die avthentische Erklärung muß dem Sinne und den Worten des Gesetzes gemäß seyn; denn indem sie davon gänzlich abweicht, ist keine Interpretation, sondern nun ein neues Gesetz vorhanden, auf welchen Unterschied sehr viel ankommt, wenn von der Anwendung des Gesetzes auf vergangene Handlungen [4] die Frage ist. (S. 145.) Endlich

5) Da die avthentische Erklärung ein Theil der gesetzgebenden Gewalt ist, so stehet sie nur dem Landesherrn selbst, oder

2) L. 191. *D. de Reg. iur.* NETTELBLADT in System. elem. Iurispr. gen. §. 238.

3) Man sehe besonders nach PÜTTER Progr. de iure et officio iudicis circa interpretationem privilegiorum in genere. *Goetting.* 1758. und Desselben auserlesene Rechtsfälle I.B. 2. Th. Resp. XXV. S. 293.

4) Eichmanns Erklärungen I. Th. S. 107.

oder der von ihm angeordneten Gesetzcommission, aber keinesweges den höchsten Gerichten in einem Lande zu [5]).

Soviel hiernächst die Usualerklärung anbetrift, so setzt nun diese voraus,

1) daß das Gesetz wirklich dunkel oder zweifelhaft sey; denn ist das Gesetz klar, und liegt ein offenbarer Irrthum bey dieser Auslegung zum Grunde, so kann sie kein gesetzmäsiges Ansehen behaupten [6]).

2) Sie erfordert die Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts [7]).

§. 33.

Usualerklärung ist ein Theil der gerichtlichen Observanz.

Wenn man unter dem Gerichtsgebrauche (observantia iudicialis) die in den Gerichten bey der Behandlung und Entscheidung streitiger Rechtsfälle angenommene Regel verstehet, die man bisher und schon seit langer Zeit auf eine gleichförmige Art beobachtet hat; so kann wohl diese nicht als ein Theil der Usualinterpretation, sondern letztere vielmehr als ein Theil der erstern angesehen werden [8]). Denn die gerichtliche Observanz betrift entweder blos

5) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. 2. med. 4.

6) CELSUS *in L.* 39. *D. de LL.* sagt: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

7) HUFELAND cit. Praecognit. §. 44.

8) Man vergleiche hier vorzüglich *Diet. Herm.* KEMMERICHII Diss. de probatione consuetudinis et observantiae. *Ienae* 1732. Sect. I. §. 19.

blos die Procesform, d. i. die Art und Weise, sein Recht vor Gericht zu verfolgen, oder das Recht selbst; und in diesem letztern Falle kann selbige entweder die Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes, oder die Entscheidung eines gesetzlich nicht entschiedenen Rechtsfalls, die man in den Gerichten angenommen, und zeither befolgt hat, zum Gegenstande haben. Solche Erfahrungen, die von klugen und aufgeklärten Richtern in der Rechtspflege gesammlet worden sind, können unstreitig zur Beurtheilung vorkommender Rechtshändel sichere und gewisse Bestimmungen darreichen, und haben desto grössern Werth, je weniger oftmals die allgemeinen Gesetze und Verordnungen einem Richter und Advocaten befriedigende Auskunft ertheilen [9]). Sie nehmen alsdann, durch die stillschweigende Genehmigung des Landesherrn und die Länge der Zeit unterstützt, das Gepräge eines Gewohnheitsrechts an, und verdienen nach den schriftlich gegebenen Gesetzen den vorzüglichsten Rang [10]). Bloße Urtheile und Entscheidungen der Gerichtsstühle, oder gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten, insofern sie den unstreitig gel-

9) Hymmens Beyträge zur neuesten juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten 1. Sammlung S. 1. ff.

10) Hierher gehört die Stelle des Callistratus in **L. 38. D. de LL.** In *ambiguitatibus*, quae ex *Legibus* proficiscuntur, *consuetudinem*, *aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis* obtinere debere. In den römischen Gesetzen wird dieser Gerichtsgebrauch durch die Ausdrücke *ius iudiciorum* L. 3. C. de dot. promiss. *mos legum usitatus*, L. 32. C. de Transact. *quotidianus iudiciorum usus*, §. 6. I. de Satisdat. *solitus iudiciorum ordo* L. 4. C. de Sent. et interloc. omn. iudic. und *observatio iudicialis*, L. 12. §. 5. Cod. de reb. credit. angedeutet.

geltenden Gesetzen entgegen sind, können aber eben so wenig das Ansehen einer gerichtlichen Observanz behaupten, als den Richter verbinden, dasjenige, was vormahls in ähnlichen Fällen erkannt worden, bey seinen Entscheidungen zu befolgen, gesetzt auch, daß noch so lange auf die nämliche Art gesprochen worden wäre [11]). Denn eines Theils sind Richter eben so wenig, als die Rechtsgelehrten, Gesetzgeber; und andern Theils wird der Richter, wenn er gegen die Praeiudicia seiner Vorfahren spricht, sich immer mit der deutlichen Verordnung des K. **Justinians** [12]) decken können, welche die Richter anweißt, nicht darnach zu sprechen, was hin und wieder in ähnlichen Fällen ist erkannt worden, sondern jederzeit die Gesetze selbst zur Richtschnur zu nehmen. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche der sogenannten gemeinen Meinung ein solches Ansehen beylegen wollen, daß der Richter davon eben so wenig, als von einem geschriebenen Gesetz, abweichen dürfe [13]). Allein ich

11) Außer dem vom Hellfeld Not. o. angeführten GRIEBNER haben eben so geurtheilet REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. I. Obs. 3. PUFENDORF Proc. civ. P. III. C. 22. §. 16. Seyfarth im teutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 4. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. 1. Abschn. 1. Cap. §. 13. u. a. m.

12) *L.* 13. *C. de Sent. et interlocut. iudic.* Nemo iudex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit*; neque etc. — sed omnes iudices nostros *veritatem*, et *legum* et *iustitiae* sequi vestigia sancimus.

13) Man sehe z. E. GAIL Observat. pract. Lib. II. Obs. 153. n. 5. sqq. und BERLICH P. I. Conclus. 36. nr. 91.

ich kann mich von diesem Werthe der gemeinen Meinung noch nicht überzeugen, sondern halte dieselbe für eine an sich sehr mißliche Sache. Denn erstlich dürfte man wohl erst noch fragen, was eigentlich die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten in Ansehung einer gewissen streitigen Rechtsfrage zu nennen sey? Soll es hierbey auf die Mehrheit der Stimmen ankommen, so möchte ich den kennen, welcher mir mit Gewißheit zu sagen im Stande wäre, wie viel Rechtsgelehrten die eine, und wie viel die andere Meinung behauptet hätten, um im vorkommenden Falle zu beurtheilen, auf welcher Seite die Mehrheit der Stimmen sich befinde? Oder soll etwa die gemeine Meinung nach der Grösse des Ansehens der Rechtsgelehrten, welche dieß oder jenes behauptet haben, bestimmet werden? so geräth man auch hier wieder in ein Labyrinth von relativen Begriffen, aus denen man schwerlich einen Ausweg finden möchte. Hätten wir freylich ein solches Gesetz, wie weyland die Kaiser **Theodosius** und **Valentinian** promulgirten [14]), nach welchem in den Fällen, da die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt waren, die Meinung des **Papinians** den Vorzug haben sollte, so würde sich das überwiegende Ansehen derjenigen Rechtsgelehrten leicht bestimmen lassen, deren Meinung zu befolgen wäre. Allein schon **Justinian** sahe das Unschickliche einer solchen gesetzlichen Verordnung ein, daher er in seiner Constitution de conceptione Digestorum ad Tribonianum §. 6. den Verfassern seiner Pandecten sehr nachdrücklich einschärfte, bey vorkommender Verschiedenheit der Meinungen in den Schriften der Rechtsgelehrten ja nicht ex multitudine auctorum zu beurtheilen, *quod melius et aequius sit*, weil zuweilen die Meinung eines an sich nicht

so

14) *L. un. Cod. Theodos. de Responsis prudentum.*

so berühmten Rechtsgelehrten an Gründlichkeit und Scharfsinn die Meinung vieler grosser Rechtsgelehrten übertreffen könne. Gesetzt aber, daß auch alle jene Hindernisse weggeräumt, und die gemeine Meinung entdeckt werden könnte, so wird man doch bey genauerer Prüfung noch immer bestätiget finden, was schon ein berühmter Rechtsgelehrter des vorigen Jahrhunderts [15]) mit eben so viel Wahrheit als Freymüthigkeit sagte, daß gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten nicht selten gemeine Irrthümer sind [16]). Aus diesen Prämissen wird sich nun leicht beurtheilen lassen, was von der Behauptung derjenigen zu halten sey, welche den verliehrenden Theil von Erstattung der Proceßkosten befreyet wissen wollen, wenn derselbe die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, oder sogenannte praeiudicia, d. i. Entscheidungen und Urtheile eines oder verschiedener Spruchcollegien, die in einem ähnlichen streitigen Falle ertheilet worden sind, für sich hätte [17]). Unser Verfasser hat sich darüber in der Note o nicht deutlich erklärt. Allein erwägt man, daß es bey den Meinungen der

15) *Casp.* ZIEGLER in Dicastice Conclus. XXXIX. §. 30.

16) Man vergleiche hier vorzüglich de COCCEJI ius civ. controv. Lib. I. Tit. III. Qu. 16. Ich kann hierbey nicht unbemerkt lassen, daß mit den von mir vorgetragenen Grundsätzen auch das neue allgemeine Preußische Landrecht übereinstimmt, in welchen es §. 8. der Einleitung heißt: Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll bey künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.

17) BRUNNEMANN Proc. civ. Cap. 27. n. 78. LAUTERBACH de expensis victoriae th. 44. LEYSER Spec. LXXXVIII. m. 1. Hoffmann teutsche Reichspraxis §. 797. und andere mehr.

der Rechtsgelehrten nicht darauf ankommt, was sie behaupten, oder wie viele unter ihnen einen Satz annehmen, sondern ob und inwiefern Gesetze und Rechtsgründe ihren Lehren beystimmen [18]); so ist in keinem Betrachte abzusehen, wie das bloße Ansehen der Rechtsgelehrten den verliehrenden Theil gegen die Vergütung der Unkosten schützen könne, da er weiß, daß der Richter nicht nach Meinungen der Rechtsgelehrten, sondern nur nach Gesetzen und deren Analogie urtheilen dürfe, folglich von dem Verdachte einer groben Nachläßigkeit nicht freyzusprechen ist. Bedenkt man ferner, daß wenn die Entscheidung des Richters gegen die angeführten praeiudicia iuris ausfällt, sodann vermöge des Urtheils der verliehrende Theil als derjenige zu behandeln sey, der ohne Beystand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, mithin in jure geirret hat, daß überdieß dieser Irrthum ein solcher ist, welchen der sachfällige Theil hätte vermeiden können, wenn er die Thatumstände und Rechtsgründe der beygebrachten Entscheidungen sorgfältiger geprüft, und mit seiner eigenen Rechtssache verglichen hätte; daß es endlich offenbar ungerecht ist, wenn der obsiegende Gegner einen solchen nicht zu entschuldigenden Irrthum des andern Theils mit seinem Schaden durch die Einbusse der Proceßkosten entgelten sollte; erwägt man alles dieses ohne Vorurtheil, so wird man jener Behauptung unmöglich beystimmen können, und es auch gewiß nicht unbillig finden, wenn man in unsern Tagen jene alte Lehrmeinung auszurotten angefangen hat [19]).

Daß

18) *L. un. §. 6. Cod. de vet. iure enucl.*

19) Man sehe vorzüglich D. Ad. Dietr. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. (Schwerin, Wismar

Daß übrigens die Meinungen angesehener und bewährter Rechtsgelehrten in solchen zweifelhaften Rechtsfällen, die in den Gesetzen entweder gar nicht, oder nicht deutlich entschieden sind, wenn sie mit der Analogie des bürgerlichen Rechts, oder mit den Grundsätzen des natürlichen Rechts übereinkommen, nicht zu verachten sind, hat keinen Zweifel [20]).

Zuletzt bemerkt unser Auctor noch, daß eine Observanz, worin alle oder wenigstens die meisten Rechtscollegia mit einander übereinkommen, Praxis genennt werde. Man verwechsele jedoch hiermit nicht diejenige Bedeutung des Worts Praxis, von der ich oben beym §. 27. gehandelt habe.

Uebrigens sind durch den Gerichtsgebrauch oder eigentlich durch eine Usualerklärung viele neue Rechtslehren und Rechtsmittel eingeführt worden, von denen ich z. B. nur die Provocation ex lege diffamari und ex lege si contendat, ferner das iuramentum perhorrescentiae nennen will, andere mehrere zu geschweigen [21]).

§. 34.

Wismar und Bützow 1788. und vermehrt 1790. 8.) §. 10. u. 11. und Jacob Fried. Georg Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung, und Compensation I. Th. (Göttingen 1791. 8.) §. 51.

20) *Io. Wolg.* TEXTOR Diss. de auctoritate Interpretum iuris. Altorf. 1670. und Quistorp a. a. O.

21) S. *I. D.* WIBEKING Diss. de incommodis per interpretationes usuales et observantias in iurisprudentiam invectis. *Francof.* 1748.

§. 34.

Verschiedene Arten der Doctrinalerklärung.

Die Doctrinalerklärung der Gesetze ist wieder von zweyerley Art. Sie ist entweder bemüht, den Sinn eines Gesetzes blos aus den Worten desselben, und deren Bedeutung zu bestimmen; oder sie untersucht den Zweck und die Absicht des Gesetzgebers, und bestimmt den Sinn des Gesetzes aus dem Grunde desselben. Jene wird die grammatische, von andern auch die philologische; diese aber die logische oder philosophische Gesetzerklärung genennt [22]). Letztere geschiehet, wenn die philologische oder grammatische vollendet ist, und kann ohne diese nicht bestehen. Es darf jedoch auch die grammatische Erklärung von der logischen nicht getrennet werden [23]). Denn eine blos grammatische Auslegung, welche Worte klaubt, und nach Spitzfindigkeit hascht, dabey aber die Absicht des Gesetzgebers verfehlt, ist Schikane [24]), oder wie Cicero [25]) die Sache richtig ausdrückt, *callida et malitiosa iuris interpretatio.* Diesen beyden Arten der doctrinalen

22) S. *I. H.* BOEHMERI *Praefat.* de interpretationis grammaticae fatis et usu vario in iure Romano, vor BRISSONIUS *de Verb. Significat.*

23) Die Gesetze selbst geben dieses deutlich zu erkennen. *L. 6. §. 1. D. de V. S.* und *L. 7. §. 2. D. de iurisdict.*

24) *L. 29. D. de LL.* wo gesagt wird, daß derjenige gegen das Gesetz handele und schikanire, *qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit.*

25) *Lib. I. de Officiis cap. 10.*

nalen Gesetzerklärung fügen viele [26]) noch eine dritte Gattung bey, welche sie die politische Gesetzerklärung nennen. Man versteht darunter diejenige Erklärungsart, welche untersucht, ob und in wiefern die Gesetze, deren wir uns bedienen, dem heutigen Zustande und Verfassung unserer Zeiten angemessen, und dahero anwendbar sind, oder nicht. Daß diese Erklärungsart, welche bey Entwickelung des wahren Sinnes der Gesetze, auf die Sitten und Verfassungen derjenigen Zeiten Rücksicht nimmt, für welche sie ursprünglich sind gegeben worden, von grosser Wichtigkeit, ja unentbehrlich sey, um sowohl von den in Teutschland geltenden fremden, als auch einheimischen ältern Gesetzen z. B. der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. eine richtige Anwendung zu machen, hat keinen Zweifel. Denn so kommen z. B. in dem römischen Gesetzbuche viele Verordnungen vor, die sich auf blos römische in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, desgleichen Gesetze, die nach Heidenthum und Despotismus der heidnischen Kaiser schmecken, und auf christliche Staaten durchaus keine Anwendung leiden [27]). Eben so macht auch der seit den Zeiten Carls V. sehr veränderte Zustand der teutschen Staaten viele Verordnungen der P. Gerichtsordnung heutiges Tages ganz unanwendbar. Allein deswegen

26) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. II. §. 8. not. a. *Christ. God.* PELLER Diss. de interpretatione Legum politica. *Altorf.* 1719. HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas Spec. II. med. 3. u. a. m.

27) Zum Beyspiel dient das *iuramentum per genium Principis. L. 2. C. de reb. cred. et iureiur.* Man sehe *Iul. Frid* MALBLANC doctr. de iureiurando Lib. III. c. IV. §. 67. S. 249. Mehrere Beyspiele liefert *Henr. Ern.* KESTNER de iurisprudentia paganizante. *Rintelii* 1713.

wegen glaube ich doch nicht, daß die ſogenannte politiſche Geſetzauslegung eine beſondere Gattung der Doctrinalinterpretation ausmache, ſondern ich rechne ſie mit zur logiſchen.

§. 35.

Grundſätze der grammatiſchen Geſetzerklärung. Juriſtiſche Critik.

Alle vernünftige Geſetzerklärung muß nun alſo von der grammatiſchen Entwickelung des Wortverſtandes ihren Anfang nehmen. Denn Worte ſind Zeichen der Gedanken, und das Mittel, den Willen des Geſetzes zu erkennen [28]). Den Sinn der Worte aber beſtimmt der Sprachgebrauch, welcher, wie der Werth der Münzen, bald ein allgemeiner, bald ein beſonderer ſeyn kann. Da jedoch Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauche im Zweifel nicht vermuthet wird, ſo bildet ſich nun hieraus die erſte Regel der grammatiſchen Geſetzauslegung: Die Worte eines Geſetzes müſſen nämlich ſo lange in dem Sinne genommen werden, den ſie, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Nation, für welche das Geſetz beſtimmt war, haben, bis andere zuſammentreffende beſondere Umſtände einen andern Sinn nothwendig machen. Iſt nun aber dieſer letztere Fall vorhanden, ſo muß alsdann der beſondere Redegebrauch des Geſetzgebers aus-

P 2 gemit-

28) Hierher gehört, was Celſus ſehr richtig ſagt in der *L. 7. §. 2. D. de ſupell. legat.* etſi prior atque potentior eſt, quam vox, mens dicentis, *tamen nemo ſine voce dixiſſe, exiſtimatur.*

gemittelt, und zum Maasstabe genommen werden [29]).

Worte können ferner in dieser oder jener Verbindung oft eine ganz andere Bedeutung erhalten, als ihnen der Redegebrauch einzeln beylegte. So wie es nun bey Münzen ist, daß nicht blos der Werth der einzelnen Scheidemünze, sondern zugleich auch das Verhältniß, das zwischen ihnen und den gröbern Sorten der Gebrauch festsetzt, den Werth der letztern bestimmt; so hängt nun gleichfalls der Sinn einer Rede nicht blos von dem Sinne der einzelnen Worte, sondern zugleich von dem Werthe ab, den ihnen in ihrer Verbindung der Redegebrauch beylegt. Hieraus ergiebt sich die zweyte Regel der grammatischen Gesetzerklärung: Worte eines Gesetzes sind jederzeit in demjenigen Sinne zu erklären, den ihnen der Sprachgebrauch in der Verbindung, welche sie in dem Gesetze haben, beygelegt hat. Da aber zuweilen Worte auch in ihrer Verbindung einen verschiedenen Sinn zulassen, woraus Zweydeutigkeit der Rede entstehet, so ist nun alsdann, welches die dritte Regel ist, diejenige Bedeutung anzunehmen, welche mit dem Gegenstande, wovon das Gesetz redet, d. i. mit dem Subject und desselben Prädicat am besten übereinstimmt [30]). Auch giebt

29) Diese Regel ist ganz allgemein, und findet auch bey Erklärung anderer Willensverordnungen statt. *L. 69. D. de legat. III.* Non aliter *a significatione verborum* recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse *testatorem.*

30) *L. 67. D. de Reg. Iur.* giebt die Regel: *Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei geren-*

giebt uns ferner der Grundsatz des gemeinen Menschenverstandes, nicht gedankenlos zu reden, eine vierte Regel an die Hand: daß im Zweifel von keinem Worte im Gesetz angenommen werden könne, daß es ohne Bedeutung sey. Es muß folglich das Gesetz immer so erklärt werden, daß kein Wort vergeblich da steht, sondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Bestimmung und Aufklärung des Willens des Gesetzgebers beyträgt [31]). Da übrigens unsere Gesetzbücher, besonders das römische und kanonische, aus den Gesetzen sehr verschiedener Zeitalter und Verfasser sind zusammengetragen worden, so ergiebt sich daraus, welches die fünfte Regel ist: daß die Worte der Gesetze insonderheit auch nach demjenigen Redegebrauche zu erklären sind, welcher den Verfassern derselben nach dem Genius des Zeitalters, in welchem sie lebten, eigen gewesen ist. Man darf in der That nur wenig Belesenheit in den römischen Clas-

gerendae aptior est. Und L. 19. *D. de LL.* sagt: In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, *quae vitio caret*; d. i. wie es *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. h. l. richtig erklärt, per quam fiat, ne quid male et absurde constitutum videatur.

31) CELSUS *L.* 7. §. 2. *D. de supellect. legat.* sagt: Nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Zuweilen ist es jedoch selbst den römischen Rechtsgelehrten begegnet, daß sie anders gedacht, als sie geredet haben, und ihre Worte mit ihrer Meinung, oder dem, was sie eigentlich sagen wollten, nicht übereinstimmen. Man sehe *H. G. van* VRYHOFF Observat. iuris civil. cap. XXIV. pag. 124.

Claßikern haben, so wird man bald einen grossen Unterschied zwischen der Latinität der römischen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Institutionen und Pandecten des K. Justinians compilirt worden sind, und derjenigen lateinischen Schreibart gewahr werden, welche in den Verordnungen der christlichen Kaiser und der römischen Päbste herrscht. Jene ist noch immer ächte römische Schreibart und Zusammensetzung [32]), wenn auch gleich der Ausdruck nicht immer ciceronianisch ist [33]); allein in den Verordnungen der christlichen Kaiser leuchtet schon überall das sogenannte patristische oder Kirchenlatein hervor [34]), doch immer noch erträglicher, als die in den Verordnungen der Päbste herrschende, schlechte, und mit den gröbsten Idiotismen und Barbarismen verunstaltete Schreibart, die man überhaupt durch Mönchslatein auszudrücken pflegt [35]).

So

32) *Car. Andr.* DUCKER Opuscula de Latinitate veter. ICtorum. *Lugd. Bat.* 1711. *Ge. Casp.* KIRCHMAIERI Opuscula VI. rarissima de Latinitate Digestorum et Institutionum D. Iustiniani Imp. collecta et edita a *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.

33) *Herm.* NOORDKERCK Observat. iur. Rom. Decad. c. IV. p. 87. sqq.

34) *S. Chr.* CELLARIUS de barbarism. et idiotism. sermonis latini cap. VII. Die Ursachen entwickelt sehr schön *Io. Aug.* WOLF oder *Chr. Frid.* POHL in Disp. de latinitate ecclesiastica in Codice Theodosiano Lipsiae 1774. Daß die Geistlichen überdies grossen Einfluß in die Gesetzgebung der christlichen Kaiser gehabt haben, zeigt *Corn. Wilh. de* RHOER in Diſſert. de effectu religionis christianae in Iurisprud. Rom. Fasc. I. *Groeningae* 1776. 8. Diſſert. III.

35) Ich habe hiervon in meinen Praecognitis iurisprud. Ecclesiast. §. 206. pag. 509. umständlicher gehandelt.

So unangenehm auch ein solches Studium ist, so wenig kann man doch ohne diese Kenntnisse bey der Erklärung jener Gesetze fortkommen. Selbst der Styl der ältern römischen Rechtsgelehrten in unsern Institutionen und Pandecten ist sehr verschieden, je näher dem Zeitalter des **Cicero**, desto zierlicher; oft aber auch sehr kurz, und schwer zu verstehen, wie z. B. in den Fragmenten des **Africanus**, **Paulus**, **Papinians**, und **Scävola** [36]. Nicht selten mischt sich auch die Schreibart des **Tribonians** und seiner Gehülfen ein, hierdurch sind manche Barbarismen in die Fragmente der römischen Juristen gebracht worden, deren man sie unbillig beschuldigt hat [37]. Ueberhaupt ist es bey der grammatischen Erklärung der einzelnen Stellen des römischen und kanonischen Gesetzbuches eine Bemerkung von grosser Wichtigkeit, daß man immer die Worte des Verfassers von den Worten des Compilators unterscheide, und den Sinn des Auctors einer zu erklärenden Gesetzstelle nicht mit dem untergeschobenen Sinne des Compilators verwechsele, welcher oft von jenem ganz verschieden ist [38]. Um nun in

36) ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. 3. *de Latinitate et stilo veterum ICtorum.*

37) Man vergleiche hier vorzüglich *Ioseph.* FINESTRES ET DE MONSALVO in Hermogeniano *Diss. praelimin.* §. 40.

38) *Egregia observatio est*, sagt *Herm.* NOORDKERCK Specim. lectionum s. Disquisit. de Lege Petronia Cap. II. §. 15. *quam a summo accepimus* CUIACIO, *in legibus explicandis ad duplicem saepe sensum attendi debere: alterum genuinum, quem ipse Auctor exprimere voluit; alterum, quem* IUSTINIANUS, *seu quorum ministerio usus est Imperator, verbis affixerunt.* Gebrauch haben von dieser eleganten Bemerkung gemacht *Iac.* GOTHOFREDUS

in jedem Falle diejenigen Bedeutungen der Worte eines Gesetzes zu finden, welche sie in der Verbindung, in welcher sie in dem Gesetze stehen, zu der Zeit, da dasselbe ist gegeben worden, gehabt haben, so dienen uns nun zwar hierbey vorzüglich diejenigen Schriften, welche uns mit dem gesetzlichen Sprachgebrauche bekannt machen [39]); jedoch dürfen

PREDUS in Comment. ad L. 5. Cod. Theod. de testament. und *Iac.* VOORDA Elector. lib. sing. cap. XXII. Ein Beyspiel hiervon giebt die *L.* 15. §. 6. *D de Satisdat.* Man sehe den 3. Th. dieses Commentars §. 248. Not. 36. und AYRER Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda. Cap. III. §. 5. Da jedoch Justinian alles dasjenige, was seine Compilatoren aus den ältern Gesetzen und juristischen Schriften zusammengetragen, und in den Worten geändert haben, sich dergestalt zugeeignet hat, als wenn alles von ihm selbst herrührte, *Praef. Digest. Const.* I. §. 7. so wird freylich in solchem Collisionsfalle sensus Triboniani den Vorzug behaupten müssen, so lange derselbe nicht mit andern Stellen, wo Tribonian genuinum et primigenium auctoris sensum deutlicher vorgetragen, im Widerspruche stehet. Man vergleiche noch *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. IV. cap. IV. pag. 163. seq. *I L. E.* PÜTTMANN Interpret. et Observat. lib. sing. cap. XIX. pag. 89. *Ian.* VALKENAER Diss. de duplici legum quarundam in Pandect. interpretatione. *Lugd. Bat.* 1781. und meine Praecognita iurisprud. ecclesiast. §. 179.

39) Hierher gehören, was die reine lateinische Sprache betrift, vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione, studio *Io. Gottl.* HEINECCII et *Iust. Henn.* BOEHMERI *Halae* 1743. fol. und *I.* WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM *Hamburg.* 1778. f. Insonderheit aber, um den Styl der römischen Rechtsgelehrten kennen zu lernen, dienen die Biographien der einzelnen Rechtsgelehrten, dergleichen *Ev.* OTTO vom Servius Sulpicius, P. Alfenus

sen auch andere Hülfsmittel, als Parallelstellen, desgleichen Uebersetzungen, nicht blos griechische, wie Theophilus von Justinians Institutionen, und die übrigen Verfasser der Justinianeischen Gesetzbücher von den Pandecten und Codex geliefert haben, aus welchen die Basiliken des

fenus Varus und Papinian; *N. H.* GUNDLING vom C. Trebatius Testa; *Ian.* STEENWINCKEL vom C. Cassius Longinus (Leiden 1778.) *Herm.* OOSTERDYK vom Venulejus Saturninus (OELRICHS *Thes. nov. Diss. Belgicar.* V. I. Tom. II. p. 451.) *G. A.* IENICHEN und *Hier. van* ALPHEN vom Javolenus Priscus; *C. B.* ACOLUTHUS und *Chr. Gott.* RICHTER vom Neratius Priscus; *Io.* WUNDERLICH vom L. Volusius Mäcianus; *I. G.* HEINECCIUS von P. Juventius Celsus; *Meinard.* TYDEMANN vom Ulpius Marcellus; (OELRICHS *Thes. nov. D. B. Vol. I. T. I. Nr.* 1.) *van* ECK und *Christ. Gottl.* BIENER vom Antistius Labeo; HEINECCIUS vom Salvius Julianus; *B. H.* REINOLD vom S. Pompon; *Chr.* RAU vom Claudius Tryphoninus; Ebenderselbe vom Aurel. Arcadius Charisius; *Ge.* D'ARNAUD und *Io. Lud.* CONRADI vom Scävola u. a. m. geschrieben haben. Ueberhaupt vergleiche man FRANCK *vitas tripartitas ICtorum veterum* Halae 1718. 4. und POTHIER in Praefat. ad Pandectas Iustinianeas Tom. I. p. 11. sqq. (*Lugduni* 1782. fol.) Vom Style des Ulpians handelt besonders *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. lib. VIII. cap. 15. Soviel die barbarisch lateinische Sprache des mittlern Zeitalters anbelangt, so ist vorzüglich zu gebrauchen *Car. du* FRESNE *du Cange* Glossarium nach der Ausgabe der Benedictiner, und CARPENTIER Supplement. ad Cangium. S. meine *Praecogn. iur. eccl.* §. 205. not. 11. Zum academischen Gebrauche empfehle ich noch *Phil.* VICAT vocabularium iuris utriusque Tomi IV. *Neapoli* 1760. 8.

Kaisers Leo größtentheils compilirt worden sind [40]); sondern auch ächtlateinische, wie Julians *Epitome latina Novellarum*, deßgleichen die Haloandrinische und Hombergkische Uebersetzung von den griechischen Novellen des Kr. Justinians; ja auch wohlgerathene und nach richtigen Grundsätzen der grammatischen Interpretation geschriebene teutsche Uebersetzungen, wie z. B. der ohnlängst erschienene Versuch über den vierzehnten Titel des zweyten Buchs der Pandecten von Verträgen, nicht vernachläßiget werden [41]). Auch sind die Glossen sowohl des civil- als kanonischen Rechts nicht ganz zu verwerfen [42]). Ein vortrefliches Hülfsmittel, den wahren und ursprünglichen Verstand eines Gesetzes zu ergründen, ist jedoch die Vergleichung aller der aus eben demselben Buche eines Rechtsgelehrten genommenen Stellen in den Pandecten mittelst ihrer Inscription; desgleichen die Verbindung derjenigen Constitutionen des Justinianeischen Codex, welche einerley Ueberschrift und Unterschrift haben, auch ursprünglich zusammengehörten, von den Compilatoren aber getrennt worden

40) Mit diesen sind die *glossae nomicae* zu verbinden, wovon ich §. 62. gehandelt habe.

41) Sammlung der röm. Gesetze auf Befehl K. Justinians verfertigt. I. Th. Pandecten Frankf. und Leipzig 1785. 8. Der Verfasser dieser wohlgerathenen Uebersetzung, der sich in der Vorrede J. P. F. unterzeichnet hat, ist der Herr Geh. Tribunalsrath Höpfner in Darmstadt.

42) Man vergleiche hier *Abr.* WIELING Orat. pro Glossatoribus hinter Desselben *Lectionib. iuris civ.* Traj. ad Rhen. 1740. und *Io.* SAXONII *Hattestedii* Opusc. de glossis Accursianis, absque eis ius civile, quale hodie est in usu, intelligi recte, exercerique non posse. *Basiliae* 1548. 8.

den sind [43]), wobey Abraham Wielings *iurisprudentia restituta* Amsterdam 1727. 8 und C. F. Hommels *Palingenesia librorum iuris veterum*, Leipzig 1767, und 1768. *Tomi III.* dem Gesetzausleger grossen Nutzen leisten.

Es beschäftiget sich jedoch die grammatische Gesetzerklärung nicht blos allein mit der Bestimmung des Wortverstandes, und Bedeutung der Worte, sondern sie hat auch noch ein zweytes wichtiges Geschäft, welches in der Berichtigung und Verbesserung des Textes, wenn derselbe verdorben, desgleichen in der Unterscheidung des Aechten von dem Falschen bestehet, insofern der Text interpolirt seyn sollte. Man nennt diesen Theil der grammatischen Gesetzauslegung, welcher mit der Wiederherstellung der Richtigkeit des Textes beschäftiget ist, die juristische Critic [44]). Dieselbe kann von der grammatischen Interpretation nicht getrennt werden, weil ohne diese der wahre Wortverstand eines Gesetzes, den man durch die Sprachkenntniß bekommt, weder festgesetzt, noch ein sicherer Grund gelegt werden kann, den eigentlichen Sinn des Gesetzes zu be-

43) Dieses haben mit vielen Beyspielen bestärkt *Iac.* LABITTUS in Usu indicis Pandectarum; *Henr.* BRENCMANN in Diff. de Legum Inscriptionibus; und *Bern Henr.* REINOLD in Orat. de Inscript. LL. Digest. et Cod. in *Abr.* WIELING *iurispr. restit.* Tit. II. Add. *Io. Sal.* BRUNQUELL Prolus. de utilitate ex diligenti comparatione omnium eiusdem inscriptionis in Digestis capitum capienda. *Ienae* 1724. et in *Opuscul.*

44) *I. G.* HEINECCII *Praefat.* BYNCKERSHOECKII *Observat. praemissa*, de artis criticae utilitate in iurisprudentia, deque boni critici officio; auch in Desselben *Opusc. minorib. varii argumenti* Opusc. III. pag. 23. sqq.

bestimmen, so lange nicht gewiß ist, daß der Text richtig sey. Diese juristische Critic ist nun zwar in jedem Theile der Rechtsgelehrsamkeit nöthig, jedoch nirgends mehr, als bey der Erklärung der Gesetze des römischen und kanonischen Rechts. Man darf sich auch hierüber eben nicht wundern, wenn man bedenkt, wie die davon noch h. z. T. geltenden Gesetzbücher entstanden sind. Denn erstlich sind die Compilatoren beyder Gesetzbücher mit den Gesetzen, die sie sammleten, oft sehr willkührlich verfahren; statt sie zu excerpiren, und einen kernhaften Auszug aus denselben darzustellen, haben sie dieselben zuweilen ganz verstümmelt, oft Gesetze zerschnitten, und die einzelnen Stücke unter ganz verschiedene Titel gebracht, oft mehrere, welche ihnen gleichen Inhalts zu seyn schienen, in Eins zusammengeschmolzen und dadurch die Gesetze nicht wenig verdunkelt. Nicht selten haben sie auch wesentliche Veränderungen in den Worten der Gesetze selbst vorgenommen, manches hinzugesetzt, manches weggelassen, und hierdurch den Gesetzen zuweilen einen ganz andern Sinn beygelegt. Man nennt dergleichen Interpolationen und Veränderungen, welche die Compilatoren unserer Gesetzbücher in den Worten der Gesetze vorgenommen haben, *Emblemata Triboniani*, *Emblemata Gratiani* und *Raymundi* [45]). Sodann sind zweytens unsere Gesetzbücher mancherley Abschrei-

45) *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Diss. de principio cognoscendi emblemata Triboniani, in *Opusculor. syll. I.* N. IV. *Io.* CHIFLETII Diss. apologet. de iuris utriusque architectis, Iustiniano, Triboniano, Gratiano et Raymundo, in OTTONIS *Thes. iur. Rom. Tom. I.* pag. 161. sqq. *Io. Chr. Wilh. de* STECK de interpolationibus Raymundi de Penna Forti decretalium compilatoris commentat. Lipsiae 1754. ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. c. 6. et c. 8. §. 318. sqq.

schreibern und unwissenden Leuten in die Hände gerathen, die dasjenige, was ihnen dictiret wurde, oder sie selbst abschrieben, oft gar nicht verstanden. Man erzählt, daß vor Erfindung der Buchdruckerkunst arme Mädchen sich durch Abschreiben der Gesetzbücher ein Heyrathsgut zu verdienen gesucht haben sollen [46]). Diese haben daher durch ihre Unwissenheit nicht nur die Worte der Gesetze hin und wieder ganz verdorben, sondern auch nicht selten Randglossen mit in den Text hineingebracht, und hierdurch die Gesetze nicht wenig verdunkelt [47]). Sie haben überdies bey den Fragmenten *ex libris ad Edictum* die Worte des Edicts von den Worten des röm. Rechtsgelehrten, wodurch er dasselbe erläutern wollte; desgleichen bey den Stellen *ex libris Responsorum et Quaestionum* die Worte des Anfragenden von der Antwort oder ertheilten Belehrung des Rechtsgelehrten nicht immer genau genug unterschieden [48]). Auch sind durch unrichtige Interpunction, Trennung zusammengehöriger oder Zusammenfügung unterschiedener Wörter; nicht weniger durch fehlerhafte Abtheilung der Paragraphen eines Gesetzes [49]) viele Stellen unsers römischen Rechtskörpers verunstaltet

46) S. *Io.* MERCERII Conciliator. *Duisb.* 1712. pag. 23.

47) Beyspiele von solchen Glossemen hat *Io. van de* WATER Observat. iuris Rom. Lib. I. c. 15. Lib. II. c. 9. c. 20. Lib. III. c. 4. Man vergleiche auch WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. c. 2. §. 41. u. folg.

48) S. DUAREN. Anniverſ. Diſputat. Lib. II. c. 28. *M. A.* GALVANUS de Uſufructu c. XI. n. 8. und cap. XIV. in fin. *van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. c. 17. S. 208. folgg.

49) So z. B. muß in der *L.* 1. §. 33. *D. depoſiti* vor *eiusdem* geleſen werden eius dem und in der *L.* 6. §. 2. *D. ad SCrum* Tre-

staltet worden. Ich will nichts gedenken von den mancherley Unrichtigkeiten, die durch die Unwissenheit und Nachlässigkeit der Buchdrucker in unsere Gesetzbücher sich eingeschlichen haben; genug es erhellet aus allem soviel, daß die critische Gesetzerklärung oft schlechterdings nothwendig sey.

Die Pflichten des critischen Gesetzauslegers sind nun:

1) die von den Compilatoren verstümmelten Gesetztexte aus den Quellen zu ergänzen und herzustellen;

2) zu untersuchen, ob und in wiefern ein Gesetz von den Compilatoren interpolirt worden sey. Zwar dürfen freylich die sogenannten *Emblemata Compilatorum* nicht verworfen werden, da wo die veränderte Staats- und Rechtsverfassung dergleichen Veränderungen in den Gesetzen nothwendig machte, zumahl da die Verfasser unserer Gesetzbücher hierzu authorisirt waren; allein es ist doch auch gewiß, daß zur richtigen Bestimmung des Wortverstandes dem Ausleger zu wissen unumgänglich nöthig ist, was in dem Gesetz von dem Urheber selbst und was vom Compilator ist, wenn er nicht in unvermeidliche Widersprüche und unauflösliche Schwierigkeiten gerathen will [50]. Nur muß hierin nach richtigen

Trebell. gehören die Worte *sed et ad filium* offenbar noch zum Schluß des §. 1. wie *Io. Conr.* RÜCKER in Observat. Cap. II. §. 3. pag. 91. richtig bemerkt hat, obwohl *Io. Lud.* CONRADI in Observat. iur. civ. p. 32. anderer Meinung ist.

50) Zum Beyspiel kann *L. 9. §. 2. D. de supell. leg.* dienen, woselbst die Worte: *utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*, sich nicht ganz deutlich erklären lassen,

tigen Erkenntnißgründen verfahren werden, damit man nicht Emblemata zu finden vermeinet, wo doch dergleichen wirklich nicht vorhanden sind [51]). Hierzu wird nun freylich eine genaue Kenntniß der Chronologie der römischen Rechtsgelahrtheit, und fleisige Vergleichung der Quellen, aus denen die Compilatoren geschöpft haben, vorzüglich der Fragmente des Antejustinianeischen römischen Rechts, d. i. der Ueberbleibsel, die wir noch von einigen Schriften der ältern römischen Rechtsgelehrten, nämlich des **Cajus**, **Paulus**, **Ulpianus**, u. a. desgleichen vom Gregorianischen, Hermogenia-

lassen, wenn man nicht ein Emblema Triboniani annimmt. Denn ohne Zweifel war von einem solchen Falle die Rede, wo die Sache sub pacto fiduciae verpfändet war, und der Creditor ein interimistisches Eigenthum hatte; weil aber zu Justinians Zeiten diese Fiducia aufgehoben war, so verwandelte Tribonian die Worte si non fiduciae creditoris in *si non in usu creditoris.* So urtheilt auch *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 10. Indessen glaubt *Adrian. Nicol* MOLLER in Selectis iur. civ. capitibus. *Traj. ad Rhen.* 1763 Cap. IV. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. pag. 134.) daß sich die Stelle auch ohne Hülfe eines Emblema's erklären lasse.

51) So hat man z. B. in der *L.* 1. *D. de Legat.* 1. ein dergleichen emblema Triboniani zu finden geglaubt; allein ohne genugsamen Grund, wie Walch ad Eckhardum §. 240. pag. 431. gezeigt hat. *Io. Iac.* WISSENBACHII Emblemata Triboniani. *Franequerae* 1641. 8. enthalten mehrere Beyspiele ungegründeter Emblematen, welche *Io.* WYBO in Diss. de Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato. *Ultrajecti ad Rhen.* 1729. 4. gesammlet, und widerlegt hat. Beyde Schriften sind cum praef. HEINECCII *Halae* 1736. 8. wieder aufgelegt worden.

genianischen und Theodosianischen Codex haben, erfordert, um zu beurtheilen, ob das Recht, was uns unter der Aufschrift eines röm. Rechtsgelehrten, oder eines Kaisers vorgetragen wird, wirklich dazumahl üblich gewesen sey [52]. Die Pflicht des Kritikers ist weiter,

3) daß er mit Hülfe der Inscriptionen, welche über den einzelnen Gesetzen der Pandecten und des Codex befindlich sind, sowohl die von den Compilatoren zerrissene Stellen wieder zusammen zu fügen, und hierdurch den Zusammenhang der Rede herzustellen, als auch den sogenannten Legibus fugitivis ihren rechten Platz anzuweisen suche, aus welchen die Compilatoren sie verdrängt haben [53]. Nicht weniger muß er

4) die

52) Zuweilen sind Leges Pandectarum sogar aus dem Novellenrechte interpolirt. Ein Beyspiel giebt die *L. 6. D. de divort.* verglichen mit der *Nov. 22. cap. 7.* Man sehe *Abrah.* WIELING Lection. iur. civ. lib. II. cap. 13. und *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Roman. Fasc. I. Diss. VI. §. 35. p. 298. Wie man sich dieses ohne Divination ganz natürlich erklären könne, zeigen ECKHARD in Hermenevt. iur. lib. I. cap. VI. §. 236. Not. * und WALCH ad *Eundem* pag. 443.

53) Z. B. die *L. 6. D. de Transact.* stehet ganz am unrechten Orte, und gehört vielmehr zur *L. 1. D. Testam. quemadm. aperiant.* Denn beyde Stellen sind aus des GAII *lib. 17. ad Edictum provinciale* genommen, und die L. 1. §. 1. enthält die abgerissenen Worte der L. 6. de Transact. in ihrem völligen Zusammenhange. Von den sogenannten Legibus fugitivis handelt ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. c. 5. §. 169.

4) die durch Unwissenheit der Abschreiber in den Text eingeschlichenen Glosseme von den ächten Worten der Gesetze gehörig zu unterscheiden sich bemühen; und endlich

5) die verdorbenen Lesearten verbessern. Dieses muß jedoch immer nur die letzte Zuflucht des critischen Gesetzauslegers seyn, zu welcher er nie eher schreiten darf, als wenn es die höchste Noth erfordert. Eine solche Nothwendigkeit aber ist nur erst dann vorhanden, wenn die Worte des Gesetzes, so wie sie lauten, entweder gar keinen oder einen offenbar widersprechenden Sinn haben. Man emendire aber auch bescheiden, das heißt, man ändere in dem fehlerhaften Gesetz so wenig, als möglich; dieses geschiehet, wenn man mit Beybehaltung der Worte nur die Unterscheidungszeichen ändert, oder einzelne Worte zusammenfügt oder von einander trennt, oder einzelne Sylben oder Buchstaben in den Worten ändert. Es lassen sich jedoch hiervon keine allgemeine Regeln geben; wollte man ins Detail gehen, so würden die Regeln eben so unzählig seyn, als die Ursachen der fehlerhaften Lesearten sind [54]. Die Hülfsmittel zur Beurtheilung der Richtigkeit des Textes und Verbesserung desselben sind theils alte glaubwürdige Handschriften [55], theils

54) S. *Guil.* BESTII ratio emendandi leges. *Ultrajecti* 1707. et ex recens. ac cum not. *Io. Wendel.* NEUHAUSII. *Lipsiae* 1745. 8. auch *Abr.* WIELING *in Praefat.* lectionum iuris civ. und ECKHARD Lib. I. c. 2.

55) Von vorzüglichem Werthe ist zwar die sehr alte Handschrift der Florentinischen Pandecten, doch kann sie nicht in jedem Falle bey Bestimmung der richtigen Leseart zur Norm dienen, weil es entschieden ist, daß sie auch hin und wieder Feh-

theils Ausgaben [56]) von den justinianeischen Gesetzbüchern, die von bewährten Handschriften sind abgedruckt wor-

ler hat. Man sehe *Sieg. Reich.* IAUCHII Meditat. crit. de negationibus Pandectis Florentinis recte vel male adiectis. *Amstelod.* 1728. *Io. Gottfr.* SAMMET receptae Lectiones ad IAUCHIUM. Lipsiae 1750. 4. *Io. Conr.* RÜCKER Observationes *Lugd. Bat.* 1749. 8. p. 79—151. *Andr. Guil.* CRAMER Diss. cui titulus: Lectiones membranae Florentinae. *Kilon* 1785. 4. ECKHARDUS in Hermenevt. iur. §. 85. et ad Eundem WALCHIUS. Es sind daher auch andere alte Handschriften zu Hülfe zu nehmen. Von solchen Handschriften nicht allein der Pandecten, sondern auch der übrigen Just. Gesetzbücher handelt sehr ausführlich Herr Hofr. WALCH ad Eckhardum Lib. I. c. 2. §. 83. pag. 100. sqq. u. pag. 123. sqq. pag. 135. sqq. und pag. 140. Auch besitzt unsere Erlanger Universitätsbibliothek einen alten Codex vom Digesto vetere, welcher sehr gute Lesearten enthält; z. B. in der *L.* 34. §. 4. *D. de iureiur.* ließt unser Codex: hoc iusiurandum de calumnia *aeque patrono parentibusque* remittitur: wo selbst der Codex Florentinus die unrichtige Leseart *neque patrono neque parentibus* hat, welche mit andern Stellen unserer Pandecten als *L.* 8. §. 5. *D. Qui satisdare cog. L.* 7. §. 3. *de obseq. parent. et patron. praest.* in offenbarem Widerspruche stehet. Ferner in der *L.* 9. §. 8. *D. de Reb. credit.* lieset unser Codex statt des sinnlosen *meus et* weit richtiger *numeret.*

56) Unter den Ausgaben der Pandecten zeichnen sich zunächst diejenigen aus, welche die florentinische Leseart enthalten, oder wo sie wenigstens zum Grunde liegt; zu diesen gehören folgende: 1) *Digestorum s. Pandectarum libri L. ex florentinis Pandectis repraesentati per Franciscum* TAURELLIUM. Florentiae 1553. f. 2) *Ius civile MSS. librorum ope infinitis locis emendatum, et perpetuis notis illustratum L.* RUSSARDO *auctore.* Lugd. 1560. f. und Antwerp. 1567. 8. und Ebendaselbst 1570. 3) *Cor-*

worden. Vorzüglich dienen hierzu auch die Ueberreste von den

Q 2

3) *Corpus iuris civ. cum notis Ant.* CONTII. Parif. 1562. Vol. IX. 8. 4) *Digesta s. Pandectae, curante Iac.* VINTIMILLIO. Parif. 1548. IX. vol. 8. u. 1550. 5) *Sacr. Princ. Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum s. Pandectarum libri L. opera et diligentia L.* CHARONDAE. Antw. 1575. f. (Am Rande findet man Lesearten aus einem Cod MS. *Stephani* AUREDANI, welche vortreflich sind, z. B. die ganz verdorbene Stelle *L.* 7. §. 1. *in fin. D. de captiv. et postlim. reversis* ist mit Hülfe desselben völlig restituirt, denn statt *neque viri boni nobis praesunt,* liest codex Auredani: *neque iure omni nobis pares sunt.* 6) *Corpus iuris G. Chr.* GEBAUERI; welches nach Desselben Tode Prof. SPANGENBERG Göttingen 1776. 4. edirt hat; und 7) *Corpus iuris civilis diligentia Io. Frid.* PLITT *denuo editum Hagae Comit. et Francof. ad Moen.* 1789. 8. Ausser diesen Florentinischen Ausgaben verdienen noch angeführt zu werden 8) *Digestorum s. Pandectarum iuris civ.* Vol. 5. *Parisiis ex officina Roberti* STEPHANI 1527. 8. 9) *Digestorum s. Pandectarum libri L. editi Norimbergae per Gregor.* HALOANDRUM 1529. 4. (Diese Ausgabe ist jedoch mit grosser Behutsamkeit zu gebrauchen. *Ad* HALOANDRUM, sagt *Io. Conr.* RÜCKER in Praefat. Observat. et Interpret. pag. 4. *in constituenda fragmenti alicuius lectione tuto recurrere, vix unquam possumus: cum enim quam plurima audacter nimis ex ingenio passim mutaverit, detraxerit, addiderit, dignoscere iam nulla ratione possumus, quae ipsi, quae vero antiquis codicibus, si forte quos adhibuit, debeantur.* Man sehe indessen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunctionum iuris civ. libr. sing. Cap. VII. wo Haloander vertheidiget wird. 10) *Digestorum s. Pandectar. iuris civ. libri L. ad exemplar Florentinum et Haloandrinum nec non vulgatas editiones quam diligentissime collati, passimque emendati cura Lud.* MIRAEI *Paris.* 1552. u. 1553. Vol. VII. 8. und 11) *universi iuris civilis in quatuor Tomos distributi corpus, opera et studio* PETRI AB AREA BAUDOZA CESTII. *Lug-*

den Büchern der Basiliken [57]), denn sie sind aus den griechischen Uebersetzungen und Paraphrasen der Justinianeischen Gesetzbücher compilirt worden, welche nicht lange nach Justinians Zeiten von Männern sind gemacht worden, die zum Theil selbst an dem Text der Just. Gesetzsammlungen gearbeitet, und also auch wohl die besten Handschriften dabey zum Grunde gelegt haben [58]). Einen grossen Schatz der treflichsten Bemerkungen zur Critic, und Berichtigung corrupter Texte wird man endlich in den Schriften der eleganten Rechtsausleger finden, welche sie unter den Titeln *Observationes*, *Interpretationes*, *Emendationes*, *Coniecturae*, *Probabilia*, *Lectiones*, *Membranae*, *Reprehensa*, *Dispunctiones* [59]) u. d. herausgegeben haben [60]).

§. 36.

Lugduni 1593. 4. mehrere noch führt *Henr.* BRENCMANN *in Histor. Pandectar.* Lib. III. c. 4. an. Die besten Ausgaben von den Institutionen, Codex und Novellen findet man beym Walch ad Eckhardum pag. 129. sqq.

57) Carl Hannibal Fabrottus hat die Bücher der Basiliken edirt. Paris 1647. Tom. VII. fol. vollständig sind aber nur 34. Von der Litteratur und dem heutigen Gebrauche derselben habe ich in dem Titel *de origine iuris* §. 62. und 63. gehandelt

58) Jedoch sind auch die Basiliken mit Behutsamkeit zu gebrauchen. Man sehe ECKHARD Lib. I. c. VII. §. 304. und WALCH ad Eundem pag. 548.

59) Bekannt sind die eleganten Schriften eines *Iac.* CUIACII, *Fr.* HOTOMANNI, *Marc.* LYCLAMA *a* NYHOLT, *Franc. de* AMAYA, *Fr.* DUARENI, *Em.* MERILLII, *Ios.* AVERANII, *Ant.* FABRI, *Ant.* AUGUSTINI, *Elb.* LEONINI, *Ger.* NOODT, *Corn. van* BYNCKERSHOECK, *Balth.* BRANCHU, *Iac.* VOORDAE, *Herm.* NOORD-

§. 36.

Grundſätze der logiſchen Geſetzerklärung.

Iſt nun auf ſolche Art der Wortverſtand eines Geſetzes nach den Regeln der grammatiſchen Interpretation ausgemittelt worden, ſo kommt es weiter darauf an, ob die wahre Abſicht und Willensmeinung des Geſetzgebers durch die Worte erſchöpft worden, oder nicht. Dieſes muß aus dem Zweck des Geſetzgebers oder der Urſache beurtheilt wer-

NOORDKERCK, *Io. Guil.* MARCKART, *Abr.* WIELING, *Io. van de* WATER, *Hub. Greg. van* VRYHOFF, *Ge.* D'ARNAUD, *Pet.* BONDAM, *Io. Conr.* RÜCKER, *Herm.* CANNEGIETER, *B. H.* REINOLDI, *Chriſtfr.* WAECHTLER, *Io. Lud.* CONRADI, *Io. Gottfr.* SAMMET, (receptae lectiones ad Iauchium) *I. L. E.* PÜTTMANNI, *Io. Bernh.* KÖHLERI, *Andr. Guil.* CRAMERI, (Dispunctiones iuris civ.) und mehrere andere. Die exegetiſchen Schriften der ältern Rechtsgelehrten findet man in den Theſauro Ottoniano und Meermanniano. Den Gebrauch dieſer Schriften erleichtert *Car. Ferd.* HOMMELII corpus iuris civ. cum notis variorum. *Lipſiae* 1768. 8. Da jedoch Hommel bey weitem nicht alle Interpretes benutzt, und ſich insgemein auf die oft ganz unrichtigen Indices Legum verlaſſen hat, ſo wäre wohl eine vollſtändigere und mehr berichtigte Ausgabe davon zu wünſchen. Uebrigens iſt hier noch zu bemerken *M. Antonii* DELRIO ex miſcellaneorum ſcriptoribus Digeſtorum, Codicis, Novellarum, Feudorum, nec non Inſtitutionum interpretatio ſtudio *Petri* BROSSAEI *Lugduni* 1590. 4.

60) Was ich von der Kritik des röm. Rechts geſagt habe, läßt ſich zum Theil auch auf die Kritik des canoniſchen Rechts anwenden. Einen Verſuch von einer *critica iuris canonici* enthalten meine Praecognita iuris eccleſiaſtici. Cap. III. Sect. II. pag. 417 — 513.

werden, weshalb er das Gesetz gegeben hat. Und hierin bestehet nun die logische Gesetzauslegung, welche die Absicht und den Bewegrund des Gesetzgebers untersucht, und hieraus beurtheilt, ob man bey den Worten stehen bleiben, oder dieselben ausdehnen oder einschränken müsse. Hat nun der Gesetzgeber selbst den Grund hinzugefügt, der ihn bewogen hat, das Gesetz zu geben, so hat der Ausleger sodann keine weitere Mühe, denselben aufzusuchen; nur muß es gewiß seyn, daß der Gesetzgeber den wahren, wesentlichen Grund im Gesetze angeführet habe. Denn nicht selten haben die Gesetzgeber aus Staatspolitic ihre wahre Absicht verschwiegen, und ihre Gesetze mit allerhand Scheingründen zu coloriren gesucht [61]). Ist aber der Grund dem Gesetze nicht beygefügt, oder ist der im Gesetz angeführte Grund so beschaffen, daß man billig daran zweifeln muß, ob es der wahre wesentliche Grund sey; so ist es Pflicht des Gesetzauslegers, denselben auszuforschen, und hier müssen ihm die Geschichte von der Veranlassung des Gesetzes, Kenntniß der damaligen Staatsverfassung, der Sitten und Gebräuche, auch der zur Zeit der Gesetzge-

61) Man vergleiche hier *Herm. Ern.* RUMPEL Diss. de legum rationibus, quae in ipsis legibus minus accurate exhibentur. *Erfordiae* 1765. Beyspiele aus dem Civilrecht hat auch WALCH ad Eckhardum pag. 26. aus dem canonischen Recht aber habe ich dergleichen in meinen Praecognitis angeführt §. 35. Man hüte sich jedoch, daß man nicht die in den Gesetzen angeführte Gründe ohne Grund für unzureichend hält. Hiervon hat *Frid. Gottfr.* HAUCK in Diss. de rationibus ICtorum veterum falso suspectis *Trajecti ad Rhen.* 1734. sehr ausführlich gehandelt, welche in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissert. Belgicar.* T. I. pag. 314. steht.

setzgebung herrschend gewesenen Meinungen[62]), nicht minder Bekanntschaft mit der Denkungsart des Gesetzgebers und seinen Religionsgrundsätzen[63]), insonderheit aber die Philosophie selbst zum Wegweiser dienen[64]). Schon oben (S. 207.) habe ich vorläufig auch

62) So z. E. haben die Lehrsätze der Stoischen Philosophie, denen die Röm. Rechtsgelehrten zum Theil ergeben waren, grossen Einfluß auf die Römische Gesetzgebung. Man sehe BOEHMER Progr. de philosophia ICtor. vet. stoica. *Ev.* OTTO Orat. de stoica ICtor. vet. philosophia. SCHAUMBURG Tr. de iurisprudentia vet. ICt. rom. stoica. Ienae 1745. *Phil.* CAULINI Progymnasmata de veterum ICtor. philosophia. *Neap.* 1779. 4. und *Io.* OLIVIER civilis doctrinae analysis philosophica. *Romae* 1777. 4. P. I. cap. 2. Jedoch ist hierbey diejenige Behutsamkeit nöthig, welche *Io. Guil.* HOFFMANN in Disp. de dialectica veterum Iureconsultorum, praemiss. EIUS *Meletematibus ad Pandectas, Gottfr.* MASCOVIUS ad *Ian. Vinc.* GRAVINAE Origines iuris civ. lib. I. cap. 44. pag. 45. sqq. und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Interpretat. et Observ. Iur. Rom. cap. 2. mit Grunde empfehlen. Vorzüglich ist noch anzuführen Diet. Tiedemann System der stoischen Philosophie. 3. Th. Leipzig 1776. 8.

63) Von dem besondern Einfluß der christlichen Religion auf die Verordnungen der Römischen Kaiser hat vortreflich gehandelt *Corn. Guil. de* RHOER in Dissertationibus de effectu religionis christianae in iurisprudentiam Roman. *Gröningae* 1776. 8. Welchen grossen Einfluß haben nicht ferner die Lehrsätze der katholischen Religion auf die Härte der Carolinischen Halsgerichtsordnung bey Bestimmung der Strafen des Kirchendiebstahls Art. 172? und in andern Fällen mehr.

64) *Christ. Gottl.* EINERT Diss. de Legum rationibus earumque investigandarum regulis. *Lipsiae* 1771. *Conr. Henr. Andr.* HILKE Comm. de occasione et ratione legis. *Hanov.* 1754. 4.

noch einer andern Quelle gedacht, woraus man die Absicht des Gesetzgebers beurtheilen kann, von welcher ich nun jetzo noch etwas genauer handeln will. Diese ist die Ordnung und der Zusammenhang eines Gesetzes, oder Stelle mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden des Ganzen, wovon sie ein Theil ist[65]. Zwar kann dieses Mittel auch bey der Auslegung einzelner Gesetze, wenn sie zumahl aus mehrern Puncten oder Capiteln bestehen, allerdings angewendet werden; wie z. B. bey der Güldnen Bulle, dem westphälischen Frieden[66]) u. d. Allein hauptsächlich findet es doch bey ganzen Gesetzbüchern statt. Denn es ist ganz natürlich, daß wenn eine Menge von Gesetzen über einerley Gegenstand unter einem Titel sind gestellet worden, solche nothwendig in einem gewissen Zusammenhange unter einander stehen müssen. Jede Auslegung einzelner Stellen, wenn sie ächt seyn soll, muß daher so geschehen, daß Harmonie derselben mit dem Ganzen, und seinen einzelnen Theilen, die darauf eine Beziehung haben, vorhanden ist. Ich will z. B. nur bey den Gesetzen der Pandecten stehen bleiben. So wenig auch zu läugnen ist, daß in den Pandecten überhaupt eine bessere Ordnung möglich gewesen wäre, so wenig darf man doch die einmal darinn zum Grunde gelegte Ordnung bey Auslegung einzelner Stellen in denselben aus den Augen lassen. Da-

65) *L. 24. D. de Legibus.* Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere.

66) Man sehe Joh. Nikl. Fried. Brauers Versuch einer auf den westphälischen Frieden angewendeten Auslegungskunde. §. 5. in Desselben Abhandlungen zur Erläuterung des Westphäl. Friedens. I. Band S. 15. u. fg.

Daher kommt es, daß man zuweilen ein, wenn gleich in allgemeinen Ausdrücken abgefaßtes Gesetz, dennoch wegen der Ordnung des Titels, in welchem es steht, blos von gewissen besondern Arten und Fällen erklären muß. So z. B. handelt das siebente Buch der Pandecten von persönlichen Dienstbarkeiten, das folgende achte aber von dinglichen, und daher muß der erste Titel des letztern, seiner allgemeinen Ueberschrift (*de Servitutibus*) ungeachtet, doch nur von dinglichen Dienstbarkeiten, folglich auch die LL. 4. 8. 15. 16. und 18. desselben hiervon erkläret werden, obschon sie von Dienstbarkeiten überhaupt zu handeln scheinen [67]. Nicht weniger findet sich auch, wenn gleich nicht immer, unter den einzelnen Gesetzen eines Titels eine gewisse Doctrinalordnung und Verbindung [68], so daß oft mehrere derselben, ob sie schon aus den Schriften ganz verschiedener Juristen genommen sind, nur eine Periode machen, wovon sogleich die drey ersten Gesetze des erstern Titels der Pandecten ein Beyspiel liefern. Andere, die zwar keine Periode zusammen ausmachen, werden durch die Verbindungswörter nam, enim, sed, autem, vero, etiam, idem, item igitur, itaque, et, ideo ergo, imo und dergleichen in Verbindung gebracht [69]. Noch andere sind zwar nicht durch Verbindungswörter, aber doch durch unverkennbaren Zusam-

67) Eben dieses hat auch schon *Abr.* WIELING Lection. iuris *Lib. I. cap.* 17. bemerkt.

68) Hiervon handelt Herr Kanzler KOCH in Diss. de ordine Legum in Pandectis. *Giessae* 1784.

69) Z. B. Lib. I. Tit. I. L. 7. u. 8. Tit. II. L. 1. u. 2. Tit. III. L. 1. 2. L. 4—6. 10. 11. 12—14. 20. 21. 26—28. 29. 30. 33—36. 39—41. Tit. V. L. 1—3. 4. 5. 15. 16. Tit. VI. L. 2—4. u. a. m.

sammenhang ihres Inhalts verbunden [70]). Hieraus läßt sich auch erklären, warum Gesetze, die aus den Schriften eines Juristen genommen sind, oft an ganz verschiedenen Orten stehen. Ist also die Ordnung der Gesetze in den Pandecten nicht ganz zufällig, so folgt, daß man bey Erklärung derselben hierauf allerdings Rücksicht zu nehmen habe [71]). Diese wird uns lehren, das manches Gesetz der Pandecten wegen des Zusammenhangs und Gegenstands des Titels, unter welchen dasselbe von den Compilatoren ist gebracht worden, jetzt allgemein zu verstehen sey, obschon die darin enthaltene Regel von dem römischen Juristen, aus dessen Schriften das Fragment genommen ist, blos zur Entscheidung eines besondern Rechtsfalls, oder zur Erläuterung einer besondern rechtlichen Materie oder Verordnung ursprünglich ist gebraucht worden [72]). Es ist jedoch bey Anwendung der Methode, die Gesetze der Pandecten aus ihrer Ordnung und ihrem Zusammenhange zu erklären, mit grosser Behutsamkeit zu verfahren, theils weil **Tribonian** nicht überall auf zusammenhängende Ordnung einzelner Gesetze dieselbe Sorgfalt verwandt zu haben scheinet, sondern in manchen Titeln die Gesetze in keiner andern Ordnung zusammengesetzt hat, als in welcher sie den Compilatoren bey der Lectüre der Schriften der Rechtsgelehrten vorgekom-

70) Z. E. Lib. I. Tit. 3. L. 10—13. L. 14—16. L. 32—40. u. d. m.

71) Hiervon hat Hr. Prof. Hufeland in der oben S. 207. Note 80. angeführten Schrift umständlicher gehandelt.

72) Oben S. 60. Not. 12. habe ich bey Gelegenheit der *L. 18. D. de poenis* von dieser Auslegungsart Gebrauch gemacht.

gekommen sind [73]); theils weil unleugbar ist, daß es den Compilatoren an hinlänglicher Geschicklichkeit und Uebung, eine zusammenhängende philosophische Ordnung zu beobachten, gefehlt hat. Daher denn in solchen Fällen, wo schlechterdings kein Zusammenhang der zu erklärenden Stelle mit den vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzen ebendesselben Titels zu befinden, oder das zu erklärende Gesetz in dieser Verbindung einen offenbaren Widerspruch oder Ungereimtheit zur Folge haben würde, die Cujazische Auslegungsart, wobey man auf die Inscription des Gesetzes, den Namen, Alter, Schreibart und Grundsätze des Juristen, von dem es herrührt, so wie auf die Zusammenstellung desselben mit dem ganzen Inhalt des Buchs, aus dem es gezogen ist, Rücksicht nimmt, immer ihren vorzüglichen Werth behält [74]).

Hat

73) Z. B. in dem *Tit.* 4. 14. 16. 18. bis 22. des ersten Buchs der Pandecten. Im *Tit.* 7. *de adoptionibus* läßt sich nur bis zum *L.* 21. ein Zusammenhang bemerken, die übrigen Gesetze dieses Tituls scheinen ohne alle Ordnung unter einander zu stehen. Auch in *Tit.* 15. des 2. Buchs der Pandecten *de Transactionibus* findet sich wenig Zusammenhang. Es scheint, daß die Compilatoren nicht sowohl vor der Zusammensetzung eines Titels jedesmal einen ordentlichen Plan entworfen, als vielmehr nur unter den einzelnen dahin gehörigen Fragmenten einigen Zusammenhang hervorzubringen gesucht haben. S. Hufeland a. a. O. §. V.

74) Ein Beyspiel giebt uns die **L. 5. §. 1. D.** *de pignor. et hypoth.* wo es heißt: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* Dieses würde mit dem, was in der *L.* 9. §. 2. *D. de pignor. act.* von dem Unterschiede zwischen *pignus* und *hypotheca* gesagt ist, einen offenbaren Widerspruch verursachen, wenn uns nicht die Inscription der *L.* 5. MARCIANUS

Hat man nun nach diesen Regeln den wahren Grund des Gesetzes entdeckt; so findet sich oft, daß die Absicht und Willensmeinung des Gesetzgebers weiter gehet, und mehr in sich fasset, als die Worte ausdrücken. Hier muß das Gesetz nach der Absicht des Gesetzgebers ausgedehnet, und auf alle diejenigen Fälle angewendet werden, welche zwar in den Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, bey welchen aber doch der Grund desselben statt findet. So z. B. muß die Verordnung der Güldenen Bulle [75]) von der Vormundschaft unmündiger Curprinzen, und der Verweserschaft der Curlande während der Minderjährigkeit nach dem Geist und Absicht derselben allerdings auch auf den Fall erstreckt werden, wenn der rechtmäsige Besitzer der Curlande aus andern Ursachen als wegen Minderjährigkeit, z. E. wegen Gemüthskrankheit oder Blödsinn zur Regierung unfähig seyn sollte. Denn der Grund jener Vormundschaft liegt unstreitig in der vorhandenen Unfähigkeit, sich, sein Vermögen, und seine Lande zu regieren. Ist es nun nicht einerley, ob diese Unfähigkeit sich in Minderjährigkeit oder in Gemüthskrankheit und Blödsinn äussert? Ohne diese Ausdehnung würde auch der Zweck des Gesetzes, den damals so häufigen Streitigkeiten wegen Führung der Wahlstimme bey einem Zwischenreiche zu begegnen, nur halb erreicht worden seyn [76]). So ist es ferner der Absicht der

CIANUS *lib. sing. ad formulam Hypothecariam* lehrte, daß der Satz des Marcians blos in Rücksicht auf die hypothecarische Klage zu verstehen sey, wie Justinian dieses auch selbst §. 7. *de actionib.* bestärkt hat.

75) G. B. Cap. VII. §. 3.

76) Man vergleiche hier eine über diesen Gegenstand 1789. erschienene merkwürdige Schrift, unter dem Titel: Gedanken eines

der *Legis Rhodiae* de iactu vollkommen gemäß, wenn man dieses Gesetz ausser den Seeschäden, auch auf Kriegs- und Brandschäden anwendet, so oft der Fall vorhanden ist, daß Jemand in einer gemeinschaftlichen Gefahr einen Theil seines Vermögens aufgeopfert hat, um das Vermögen der übrigen zu retten. Der Grund der natürlichen Billigkeit zur Vergütung des Schadens nach dem Verhältniß der geretteten Güter ist hier ganz der nämliche[77].

Oft gehet im Gegentheil die Absicht des Gesetzgebers nicht auf alles, was der Ausdruck unter sich begreift. Hier ist das Gesetz einschränkend zu erklären, und blos von denjenigen Fällen zu verstehen, worauf der Wille des Gesetzgebers unmittelbar abzielt. So z. B. schränkt sich das Verbot des Kaisers Marcus[78]): *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta,* nach der eigentlichen Absicht desselben blos auf solche Alimente ein, welche mir der Erbe noch für die zukünftige Zeit zu leisten schuldig ist, nicht auf rückständige Alimente, weil der Staat von einem solchen Vergleiche, der über alimenta praeterita geschlossen wird, keinen Nachtheil zu besorgen hat. Eam tantum transactionem Oratio improbat, sagt Ulpian[79]), quae idcirco fit, *ut quis repraesenta-*

eines teutschen Rechtslehrers über das Recht des Prinzen von Wallis zur Interimsregierung von Hannover. 1789. 4.

77) *L. 2. pr. D. de L. Rhod. de jactu.* sagt: Aequissimum est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

78) *L. 8. pr. D. de Transact.*

79) *L. 8. §. 6. D. eod.*

sentatam pecuniam consumat. Man kann daher sogar über noch zukünftige Alimente auch ohne richterliche Genehmigung einen Vergleich gültig schließen, wenn der Vergleich zum Vortheil des Transigenten gereicht, weil hierdurch weder dem Staate nachtheilige Folgen erwachsen, noch dem Willen des Testators, dem die Versorgung desselben am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. *Noluit enim Oratio alimenta per transactionem intercipi.*

Findet sich's endlich, daß die Absicht des Gesetzgebers durch die Worte genau erschöpft ist, so muß man bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben, und man darf sodann gerade nur das zur Norm annehmen, was der Gesetzgeber gesagt hat. So z. B. gestatten die Gesetze vom beneficio competentiae keine Erweiterung, und das Verbot des Legis commissoriae geht bloß auf Verpfändungen.

Nach dem Unterschiede dieser Fälle wird die logische Gesetzauslegung in die ausdehnende (*extensiva*), in die einschränkende (*restrictiva*), und in die blos erklärende (*declarativa*) eingetheilt. Die Regeln, worauf sich diese Verschiedenheit der logischen Auslegungsart gründet, sind folgende zwey: a) Wo der Grund des Gesetzes eintritt, da muß auch die Vorschrift desselben beobachtet werden; im Gegentheil b) wo der Grund des Gesetzes nicht statt findet, da fällt auch die Verordnung desselben hinweg. Allein so richtig diese beyden Regeln an sich sind, so schwer ist es, in jedem Falle den richtigen Gebrauch davon zu machen. Denn oft kommen Fälle vor, wo bey einzelnen Subjecten der Grund eines Gesetzes gänzlich wegfällt; und wo

man

man dennoch wider den Willen des Gesetzgebers handeln würde, wenn man darum die Verordnung desselben nicht anwenden wollte [80]). Z. B. so verordnet der **Macedonianische Senatsschluß**, daß Keinem, welcher einem filiofamilias Geld dargeliehen hätte, weder bey Lebzeiten, noch nach dem Tode des Vaters eine Klage zustehen solle, es wieder zu fordern [81]). Der Grund des Gesetzes ist, damit den filiisfamilias die Gelegenheit zur Ausschweifung und verschwenderischen Lebensart genommen werde, welche für das Leben und Vermögen der Väter die gefährlichsten Folgen hatte [82]). Man nehme nun den Fall an, daß das Geld einem wohlgesitteten und sparsamen Sohne, jedoch ohne Wissen und Willen des Vaters, wäre angeliehen worden, der hierdurch keinesweges zur Liederlichkeit wäre verleitet werden, sondern sich vielmehr von dem erborgten Gelde etwas angeschaft, was noch wirklich vorhanden ist, oder auch einen Theil des Geldes wirklich noch in Händen hätte. Sollte wohl deßwegen die Verordnung des Rathschlusses in diesem Falle nicht statt finden, weil der Grund des Gesetzes zu cessiren scheint? Kei-

80) Eben dieses hat auch *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. c. 10. n. 2. sqq. bemerkt, wenn er sagt: *Cessante legis ratione cessat ipsa lex. Locus hercle lubricus et periculosus. Saepenumero cessat ratio legis, nec eo minus praecepto legis adstringimur. Iura enim non in* SINGULAS PERSONAS, *sed* GENERALITER *constituuntur*, L. 8. D. de Legib. *ac propterea* SI ALIQUA SIT PERSONA *in tota illa universitate personarum, quam lex comprehendit*, CUI NON CONVENIAT RATIO LEGIS, *non eximitur a praecepto legis.*

81) *L. 1. pr. D. de Senatusc. Macedon.*

82) *§. 7. in fin. I. Quod cum eo, qui in aliena potestate.*

Keinesweges [83]); das Gesetz versagt auch hier dem Gläubiger die Klage, denn die Verordnung desselben ist ganz allgemein. Es ist daher eine wichtige Regel der Hermenevtic, daß von der Anwendung eines allgemeinen Gesetzes in einzelnen Fällen keine Ausnahme gemacht werden dürfe, wenn das Unzutreffende des gesetzlichen Grundes nur aus individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjects hergeleitet wird, das ist, wenn nur gerade ein oder anderes individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht [84]). Wenn daher z. B. die Gesetze den Unmündigen ein Testament zu machen nicht gestatten, weil es ihnen noch gemeiniglich an der hierzu erforderlichen Einsicht und Verstande mangelt (*quia nullum eorum animi iudicium est*) [85]); so findet dennoch in concreto keine Ausnahme von der Regel statt, wenn auch gleich bey diesem oder jenem Individuum der zum Testiren erforderliche Verstand vor den sonst gewöhnlichen Jahren eingetreten seyn sollte. Denn die Legislation kann nur aufs Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenwerk richten [86]), kann

83) *L. 9. §. 2. D. de SCto Macedon.*

84) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. 4. Abschnitt. §. 64. S. 236.

85) §. 1. *I. Quibus non est permiss. facere test.*

86) *L. 5. D. de Legibus.* Ad ea potius debet aptari ius, quae et *frequenter* et *facile*, quam *quae perraro eveniunt.*

kann ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben [87]). Solchemnach kann nun freylich unter dem allgemeinen Gegenstande des Gesetzes manches Individuum vorkommen, bey welchem die Umstände, die der Gesetzgeber als gewöhnlich voraussetzt, nicht zutreffen, oder die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft sind, nicht zu befürchten stehen; allein darum ist doch nichts desto weniger nach der allgemeinen Vorschrift dabey zu verfahren, weil sonst der ganze Zweck der Gesetzgebung sehr leicht vereitelt werden könnte [88]). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Ursache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung nicht anwendbar ist, nicht von blosen individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjects hergenommen wird, sondern wenn andere Verhältnisse hinzukommen, welche im allgemeinen schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschrift anderer Gesetze dergestalt bestimmt sind, daß bey ihnen gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht. Hier kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Gesetzes auf die Unanwendbarkeit desselben geschlossen werden [89]). Z. B. Wenn die Gesetze das Geschäft eines

87) *L.* 4. *D. eodem.* Ex his, quae forte *uno aliquo casu* accidere possunt, iura non constituuntur.

88) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 1.

89) Weber a. a. O. Seite 238. f.

eines Minderjährigen, wozu desselben Vormund keine Einwilligung ertheilet hat, aus dem Grunde für nichtig erklären, weil solche junge Leute durch Ueberredung und Mangel an gesetzter Ueberlegung leicht um das Ihrige kommen könnten; so sieht ein Jeder, daß dieser Grund in dem Falle cessire, da der Minderjährige zwar ohne Vormund, jedoch als **Meister einer gewissen Kunst oder Handthierung** einen Contract geschlossen hat. Der Vertrag ist also gültig, und man behauptet mit Recht, daß in einem solchen Falle nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt finde [90]); allein nicht darum, weil gerade dieser minor von der seinem Alter sonst eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht; nein, denn es kann bey aller Geschicklichkeit in seiner Kunst dennoch der jugendliche Leichtsinn einen schädlichen Einfluß auf das unternommene Geschäft selbst gehabt haben, sondern weil sich das Geschäft auf ein bürgerliches Verhältniß bezieht, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die sonstigen allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Denn darf der Minderjährige eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben; so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zugestehen wollte [91]). Ich setze noch folgende Betrachtungen hinzu:

1) Um von den oben angeführten Regeln *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, und *cessante ratione legis, cessat eius dispositio*, keinen unrichtigen Gebrauch zu machen, ver-

90) S. **Hellfeld** §. 458. n. 1.

91) **Weber** a. a. O. S. 239. Not. 7.

vermische man die gelegentliche Veranlassung des Gesetzes nicht mit dem eigentlichen Grunde desselben [92]), und unterscheide immer den nächsten oder Hauptgrund des Gesetzes, von dem entfernteren oder Nebengrunde [93]).

2) Man vermische nicht Gleichheit des gesetzliches Grundes mit einer blosen Aehnlichkeit desselben, und dehne die Verordnung des Gesetzes nicht auf Handlungen aus, welche von dem Gegenstande desselben durchaus verschieden sind, und zu einer ganz andern Classe von Geschäften gehören. Wenn also z. B. das Gesetz verbietet, gewissen Personen Geld darzuleihen, so läßt sich mit Grunde nicht behaupten, daß auch derjenige gegen das Gesetz gehandelt habe, welcher ihnen kein Geld sondern Waaren creditirt hat. Denn gesetzt, daß der Grund, warum das erstere verboten worden, auch bey dem letztern eintrete, so folgt doch daraus nur höchstens so viel, daß der Gesetzgeber das Eine so gut, wie das Andere hätte verbieten können, nicht aber, daß der Richter das gesetzliche Verbot auch auf den nicht verbotenen Fall ausdehnen dürfe. Denn so lange

 man

92) Ulpian unterscheidet die Gelegenheit und den Grund des Gesetzes sehr gut in der *L. 1. §. 5. D. de postulando.* und ein Beyspiel, wie wenig sich eine allgemeine Verordnung darauf einschränken lasse, wenn ein einzelner Vorfall dazu die Veranlassung gegeben, ist oben §. 4. S. 50 vorgekommen.

93) Denn es kann ein Nebengrund des Gesetzes in einem vorkommenden Falle ceßiren, ohne daß deswegen die Anwendung des Gesetzes selbst wegfällt, wie VOORDA a. a. O. pag. 2. gezeigt hat. Man sehe auch Webers Reflexionen vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts. S. 66. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 157.

man zugeben muß, daß Geld anleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwey ganz verschiedene Dinge sind, so lange kann auch der Richter darum, weil jenes untersagt ist, noch nicht sofort auch das letztere für unerlaubt erklären, wofern nicht erweißlich ist, daß die Partheyen, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache nur eine andere Wendung gegeben hätten. Z. B. Wenn einer Person, der man kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren creditirt seyn sollten, damit sie sich durch deren Verkauf baares Geld verschaffen können. In diesem Falle wäre freylich der Handel unerlaubt und unverbindlich, allein nicht sowohl wegen Gleichheit des Grundes, als vielmehr darum, weil in der That die Absicht der Partheyen auf den eigentlich verbotenen Gegenstand selbst gerichtet gewesen ist. Wie leicht sich Gleichheit des gesetzlichen Grundes mit einer blosen Aehnlichkeit desselben vermischen läßt, und wie nöthig es daher sey, beydes sorgfältig zu unterscheiden, davon geben uns die Mosaischen Eheverbote ein wichtiges Beyspiel. Denn so finden wir oft, daß Moses von zwey dem Grade der Verwandschaft nach gleich nahen Ehen die eine ausdrücklich verboten, die andere aber nicht genannt hat; und dennoch kann nach der richtigen Erklärung der heutigen Theologen sowohl als der Rechtsgelehrten das Verbot auf die nicht genannten Ehen nicht extendiret werden, weil man bey einer genauern Untersuchung gefunden, daß bey denselben nicht eben die Ursachen des Verbots vorhanden sind, als bey den von Mose ausdrücklich verbotenen Fällen. So ist z. E. die vom Mose verbotene Ehe mit der Tante 94), der von ihm nicht genannten Ehe mit der Niece; desgleichen die von Mose

94) *III.* B. Mos. *XVIII.* v. 12. 13. *XX.* v. 19.

Mose ausdrücklich verbotene Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe[95]), der nicht genannten Ehe mit der Mutter Bruders Witwe dem Grade der Verwandschaft nach völlig gleich, aber dennoch nicht in dem einen Falle dieselbe Ursache des Verbots, wie in dem andern Falle vorhanden, und daher darf auch nicht der Schluß von dem genannten auf den nicht genannten Fall gemacht werden, wie der seel. Hofr. Michaelis[96]) sehr gründlich gezeigt hat. Man lasse sich also nie durch gewisse äusserliche Umstände, die unterweilen eine Aehnlichkeit der Fälle veranlassen können, irre führen, um diese Aehnlichkeit für die Ursache des Gesetzes selbst zu halten, sondern man nehme vielmehr stets auf die wahre Absicht des Gesetzgebers und den Hauptgrund des Gesetzes Rücksicht, und beurtheile darnach die Aehnlichkeit der Fälle. Endlich dürfen auch 3) die Regeln der Wahrscheinlichkeit bey der Auslegung nie ausser Acht gelassen werden[97]).

§. 37.

Resultat der logischen Auslegung, Analogie des Rechts.

Alle logische Gesetzauslegung beruhet also auf dem Grundsatze der Uebereinstimmung mit der Absicht und dem Willen des Gesetzgebers, vermöge welchen a) bey vorhandener Gleichheit des gesetzlichen Grundes vermuthet werden

 muß,

95) *III.* B. Mos. *XVIII. v.* 14. *XX. v.* 20.

96) Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis. VI. Hauptst.

97) *L.* 24. *D. de reb. dubiis. L.* 54. §. 1. *D. Locati.*

muß, der Gesetzgeber habe in dem nicht ausdrücklich angezeigten Falle eben dasselbe verordnen wollen, was er in dem angezeigten verordnet hat; dahingegen er b) bey Verschiedenheit der Gründe in dem entgegen gesetzten Falle auch das Gegentheil von dem, was er verordnet hat, wolle statt finden lassen. Wer demnach ein Gesetz logisch erklärt, argumentirt ex *ratione legis*, und dehnt entweder nach Maßgabe des gesetzlichen Grundes das Gesetz auf ähnliche Fälle aus, oder schließt vom Gegentheil auf die Unanwendbarkeit desselben. Das Resultat in dem einen, wie in dem andern Falle heißt Analogie des Rechts (analogia iuris) [98]), bey welcher wir uns jetzt noch etwas verweilen müssen. So wichtig dieser Gegenstand an sich ist, so sehr muß man sich billig wundern, daß die Rechtslehrer über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des Rechts noch so getheilt sind. Zu weit dehnen offenbar diejenigen den Begriff der Analogie aus, welche darunter den Schluß von einer allgemeinen Disposition auf einzelne darunter gehörige Fälle verstehen wollen, indem unleugbar ist, daß in dergleichen Fällen die Entscheidung der Sache nicht sowohl aus der Analogie, sondern vielmehr aus dem

98) Hiervon haben geschrieben *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de argumentis legum caute formandis. *Io. Iac.* HOEFLER Diss. de iurisprud. analogicae fundamentis. *Dan.* NETTELBLADT Diss. de decisione casuum secundum analogiam. Halae 1751. Die neuesten Schriften hiervon sind *Car. Henr.* GEISLER Prolus. de analogia iuris publici. Vitemb. 1784. *Andr. Ios.* SCHNAUBERT Progr. de analogia iuris publici Imperii in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmst. 1785. und Wilh. Gottl. Tafinger über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des teutschen Privatrechts. I. Theil. Ulm 1787. 8.

dem Gesetze selbst hergenommen werde. Zu enge Grenzen setzet man hingegen dem Begriffe der Analogie, wenn man ihn blos auf Aehnlichkeit der Fälle einschränkt, und darunter bloß eine extensive Auslegung der Gesetze verstehen will; weil man auch dann zu der Analogie seine Zuflucht nehmen muß, wenn von entgegengesetzten Fällen der Entscheidungsgrund in einer unentschiedenen Rechtsfrage hergeleitet wird, damit kein Widerspruch und keine Ungereimtheit entstehet. Denn wer wird glauben, daß der Gesetzgeber eine seiner Absicht und Willensmeinung zuwider laufende Entscheidung wolle statt finden lassen? Mit Uebergehung der Begriffe anderer Rechtsgelehrten stelle ich mir unter der Analogie des Rechts überhaupt genommen nichts anders vor, als eine in den Worten des Gesetzes nicht ausdrücklich enthaltene, sondern aus der Absicht und den Bestimmungsgründen des Gesetzgebers gefolgerte Entscheidung eines unentschiedenen Rechtsfalls [99]; und theile sie I) nach der verschiedenen Art und Weise, wie die Entscheidung ex ratione legis gefolgert wird, ein in diejenige, welche durch ein Argument von ähnlichen Fällen, und diejenige, welche durch einen Schluß von entgegengesetzten Fällen gefunden wird. Die Analogie der erstern Art ist die gewöhnlichste, und wird daher die Analogie des Rechts im strengsten Verstande [100]) genennt. Sie differirt auch

99) Herr Prof. Hufeland in Praecognit. iuris Pandectarum hod. §. 53. sagt ganz richtig: *Analogia iuris* est regula iuris, non ex verbis, sed ex ratione legis deducta.

100) Man vergleiche hier *L.* 10. 11. 12. u. 13. *D. de Legib.*

II) nach dem Unterschiede der positiven Gesetze, aus deren Geiste sie gleichsam gezogen wird; und in dieser Rücksicht läßt sich eine Analogie des römischen, des canonischen Rechts, des teutschen Staats- Privat- Peinlichen- und des Lehnrechts gedenken.

Uebrigens ist bey Anwendung der Analogie große Vorsichtigkeit nöthig. Man hat nämlich

1) darauf zu sehen, daß **keine Verschiedenheit der Personen, auf die einerley Rechte sich nicht anwenden lassen, vorwalte.** Nach dieser Regel kann daher weder von den römischen Sklaven, noch von den teutschen Leibeigenen auf das heutige Mithgesinde wegen der gar zu grosen Verschiedenheit ein richtiger Schluß gemacht werden. So gilt auch kein Schluß von den römischen Prätoren und den Gouverneurs in den römischen Provinzen auf unsere heutigen Richter. Hierin haben es gleichwohl viele Rechtsgelehrte nicht blos im römischen und teutschen Privatrechte, sondern auch im Staatsrechte und andern Theilen der Rechtsgelahrheit versehen.

2) **Es darf der Grund und die Ursache des Gesetzes, welches man analogisch anwenden will, dem vorliegenden Falle nicht entgegen seyn.** Daher gilt in Gemäßheit dieser Regel kein Schluß von dem Reichsstaatsrecht auf das Territorialstaatsrecht, weil das teutsche Reich, als ein Staatskörper betrachtet, von den einzelnen Territorien oder kleinern Staaten desselben ganz verschieden ist [1]).

3) Neh-

1) SCHNAUBERT c. l. §. 5.

3) Nehme man jederzeit bey der Analogie der Gesetze auf die besondere Beschaffenheit derselben Rücksicht, ob nämlich das Gesetz, woraus man argumentiren will, überhaupt von der Art sey, daß eine Analogie darauf begründet werden kann. Es giebt nämlich Gesetze, die so geeigenschaftet sind, daß bey denselben keine Schlußfolge von der Aehnlichkeit der Fälle gilt. Dahin gehören einmal diejenigen Gesetze, welche ein besonderes Recht für gewisse Personen oder Sachen enthalten [2]). Solche Gesetze lassen keine Ausdehnung auf andere Fälle zu, als welche in denselben ausgedruckt sind, gesezt auch daß bey andern nicht genannten Fällen ein gleicher Grund vorhanden seyn möchte; hier gilt vielmehr der Schluß vom Gegentheil: nämlich daß das Gesez dasjenige nicht wolle, was in den Worten desselben nicht ausgedruckt ist [3]). Hierher gehören ferner diejenigen Gesetze in den Pandecten und Codex, welche Auszüge aus den Gutachten der römischen Rechtsgelehrten oder den Rescripten und Entscheidungen der röm. Kaiser enthalten. Denn da diese sich auf lauter einzelne Anfragen und vorgelegte besondere Rechtsfälle beziehen, deren genauere Umstände uns meistentheils unbekannt sind, so kann bey diesen weder ein Schluß von der Aehn-

2) *L.* 14. *D. de Legib.* Quod *contra rationem iuris* receptum est, *non est producendum ad consequentias.* RATIO IURIS heißt hier die Regel des gemeinen Rechts; wie die folgende *L.* 15. lehrt. In his, quae *contra rationem iuris* constituta sunt, non possumus sequi *regulam iuris:* und die nachfolgende *L.* 16. beweißt, daß hier von einem *iure singulari* die Rede sey.

3) *Ger.* NOODT Comment. ad Digesta Lib. I. Tit. III. pag. 15.

lichkeit der Fälle, noch vom Gegentheile statt finden [4]. Sie sind vielmehr blos nach dem Wortverstande, und, wenn die Worte unbestimmt und nicht genau gefaßt sind, in Gemäßheit bestimmterer Rechtssätze, deren Sinn in andern Stellen aufgeschlossener vor uns liegt, zu erklären; denn die Absicht ihrer Verfasser war nicht in den Rescripten, oder Decreten, oder in den rechtlichen Gutachten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage oder dem vorgetragenen Rechtsfalle gemäß anzuwenden [5]. Da übrigens aus der Inscription des Gesetzes zu erkennen ist, ob dasselbe aus den libris Responsorum s. Quaestionum eines Rechtsgelehrten genommen sey, desgleichen ob ein Lex codicis ein Auszug aus einem kaiserlichen Rescripte oder einem Decrete sey, so erhellet hieraus, was auch von dieser Seite

4) Eben dieses haben auch schon längst bemerkt *Laur. Andr.* HAMBERGER in Opusculis pag. 59. *Ger.* SCHRODER Observat. iuris. Lib. I. cap. 5. *Bern. Henr.* REINOLDUS in Opusculis a *Inglero* editis pag. 581. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lectionum Iur. Civ. P. II. pag. 161. besonders *Adr. Nicol.* MOLLER in Diss. selecta quaedam Iur. Civ. capita continente *Traj. ad Rhen.* 1763. Cap. IV. (in *Ger.* OELRICHS *Thesauro novo Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. Diss. 3. pag. 131. sqq.) auch *I. I. E.* PÜTTMANN in variis Iur. Civ. capitibus. *Lipsiae* 1766. cap. II. pag. 11. und in Exercitat. ad L. XVI. C. de inoff. testam. *Lipsiae* 1774. pag. 21. Daß überhaupt die *argumenta a consequentia* und *a contractio* in unserm iure behutsam zu gebrauchen, und oft sehr trüglich sind, haben *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. VII. und *Pet. de* TOULLIEU in Collectan. Iur. Civ. Diss. XIII. §. 18. pag. 358. durch viel Beyspiele erwiesen.

5) Siehe *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maximiano. Cap. II. und ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. V. §. 201. und 221.

Seite die Inscriptionen der Gesetze in den Pandecten und Codex bey Erklärung derselben für einen Nutzen haben [6]).

§. 38.

Eintheilung der Rechtsgelahrtheit a) falsche.

Die hier von **Hellfeld** vorgetragene Eintheilung der Jurisprudenz in *legislatoriam*, *iudiciariam* und *consultatoriam* ist, wenn sie gleich auch von andern vertheidigt wird [7]), doch offenbar falsch [8]), weil sie nicht aus dem Begriffe der Rechtsgelehrsamkeit hergeleitet werden kann. Denn Rechtsgelahrtheit ist eine practische Wissenschaft der Gesetze, und der aus denselben entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten; sie setzt also schon vorhandene Gesetze voraus, also kann sie nicht mit Gesetzen sich beschäftigen, die erst gegeben werden sollen; mithin kann *prudentia legislatoria*, quae circa ius constituendum se exserit, ohnmöglich ein Theil der Rechtsgelehrsamkeit seyn. Was anders ist gesetzgebende Klugheit, oder Politik der Gesetzgebung, welche in der Klugheit bestehet, die besten und dem Staate angemessensten Gesetze zu geben. Soviel hiernächst die vom Auctor angegebene gerichtliche und aussergerichtliche oder consultatorische Rechtsgelahrtheit anbetrift, so ist dieses blos

6) Man vergleiche vorzüglich *B. H.* REINOLDI Orat. de Inscriptionibus LL. Digestor. et Codicis. §. XIII. und WIELING ad Eundem *in Opusculis* S. 581.

7) S. Programmata Thomasiana (Halae 1724.) Nr. VIII. pag. 125 u. folg. auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. I. §. 14.

8) Diese Eintheilung verwirft auch NETTELBLADT in System. element. doctrinar. propaedeuticar. Iurisprud. positiv. Germanor. commun. §. 44.

blos eine Unterabtheilung der praktischen Rechtsgelehrsamkeit, von welcher ich beym folgenden Paragraphen handeln werde; allein es sind keine Haupttheile der Jurisprudenz.

§. 39.

b) Wahre Eintheilung der Rechtsgelahrtheit nach Verschiedenheit 1) ihrer Quellen und 2) ihrer Gegenstände.

Richtiger theilt man die Rechtswissenschaft

I) nach Verschiedenheit ihrer Quellen, d. i. der Gesetze, woraus die Rechte und Verbindlichkeiten, welche sie in sich begreift, entstehen, in die natürliche und positive Rechtsgelahrtheit ein, je nachdem die zu ihr gehörige Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten entweder aus den natürlichen oder aus den positiven Gesetzen entspringen. Die positive Rechtsgelehrsamkeit ist in Rücksicht auf Teutschland betrachtet, nach Verschiedenheit der in Teutschland geltenden Gesetze entweder die teutsche, einheimische (*germanica* s. *domestica*) oder die fremde (*peregrina*). Jene hat zu ihren Quellen die teutschen, diese die in Teutschland aufgenommenen fremden Rechte, und nach dem Unterschied derselben läßt sich die letztere wieder in die Römische, Kanonische und Longobardische eintheilen.

II) Nach Verschiedenheit der Gegenstände, worauf sich die aus den Gesetzen entspringenden Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten beziehen, sind die daher entstehenden Theile der Rechtsgelehrsamkeit entweder Haupt- oder Nebentheile; das sind solche, welche nur auf eine gewisse Gattung von Sachen oder Personen sich einschrän-

kende Rechtswahrheiten betreffen. Dahin gehört z. B. das Policeyrecht, das Cameralrecht, das Wechselrecht, Kriegsrecht, Bürgerrecht, Dorf- und Bauernrecht [9]). Soviel nun die Haupttheile der positiven Jurisprudenz anbetrift, so lassen sich dieselben nach ihrem Gegenstande folgendergestalt bestimmen. Die zur Jurisprudenz gehörigen Rechtswahrheiten betreffen entweder die Rechte und Verbindlichkeiten an sich, oder sie betreffen die Art und Weise, wie die rechtlichen Geschäfte betrieben werden müssen. Erstere machen die theoretische, letztere aber die practische Rechtsgelahrtheit aus. Diese letztere, welche von der juristischen Praxi, von welcher wir oben (§. 27.) gehandelt haben, wohl unterschieden werden muß, ist wieder zweyfach, die gerichtliche und aussergerichtliche, je nachdem sie entweder gerichtliche, oder aussergerichtliche Geschäfte, welche ohne alle Beywirkung des Richters betrieben werden, zum Gegenstande hat. Die theoretische Rechtsgelehrsamkeit hat wieder ihre verschiedene Theile. Denn die dieselbe bestimmenden Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten betreffen entweder Verbrechen und deren Strafen, Kriminalrechtsgelehrsamkeit; oder Religion und Gottesdienst, Kirchenrechtsgelehrsamkeit; oder die Lehne und den daraus entstehenden Lehnsnexus, Lehnrechtsgelehrsamkeit; oder die Verwaltung und Regierungsverfassung eines Staats, Staatsrechtsgelehrsamkeit; oder sie betreffen endlich solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche unter

9) S. Nettelbladts Vorrede von dem Studium der Nebenzweige der Rechtsgelehrsamkeit zu Gabkens Grundsätzen des Dorf- und Bauernrechts. Halle 1780. 8.

unter Privatpersonen und Unterthanen statt finden, Privatrechtsgelehrsamkeit. [10])

§. 40. und 41.

Von Anwendung der Gesetze. 1) Erfordernisse derselben.

Es ist nun noch die Lehre von der Anwendung der Gesetze zu erörtern übrig. Man verstehet überhaupt unter der Anwendung der Gesetze die Bestimmung dessen, was in einem vorkommenden Falle nach den besondern Umständen desselben den Gesetzen gemäß ist. Es kommt nun in dieser Lehre I) darauf an: Was zur richtigen Anwendung der Gesetze erfordert wird? Wer ein Gesetz richtig anwenden will, muß

1) auf die besondern Umstände, Eigenschaften und Bestimmungen wohl Acht haben, welche das Gesetz voraussetzt; muß
2) genau prüfen, ob bey dem gegenwärtigen Rechtsfalle diese gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind; und daher
3) sich bemühen, eine richtige und vollständige Kenntniß von der vorgegangenen Handlung und den Umständen derselben zu erlangen. Die Mittel, eine solche Kenntniß zu erwerben, sind

a) das Geständniß desjenigen, gegen welchen ein gewisser Thatumstand behauptet wird, wovon die Entscheidung der Sache abhängt. Ein solches Geständnis kann jedoch nur wider den Bekenner und dessen Erben bewei-

10) Ganz verschieden ist die Theorie des Hrn. Professor Hufelands in seinen Praecognitis §. 1.

beweisen, einem Dritten aber darf es nicht zum Nachtheil gereichen [11]). Die Lehre von den rechtlichen Folgen eines Geständnisses, je nachdem solches vor Gericht oder aussergerichtlich geschehen ist, kommt an einem andern Orte der Pandecten (*Lib. XLIV. Tit.* 2.) vor.

b) der Beweiß, wodurch dem Richter die Erzählung oder Behauptung einer Thatsache, worauf es ankommt, auf rechtliche Art glaubwürdig gemacht wird. Auch diese Materie wird an einem andern Orte (*Lib. XXII. Tit.* 3. *seqq.*) vollständiger vorgetragen werden.

c) Oft müssen auch rechtliche Vermuthungen die Stelle des Beweises, in Ermangelung desselben, vertreten. Man versteht darunter Schlüße, die sich auf die gewöhnlichen Eigenschaften und Verhältnisse der Dinge, und solche Umstände, welche dieselben gemeiniglich begleiten, und auch daher wahrscheinlich sind, gründen. Nehmen die Gesetze selbst gewisse Eigenschaften, Verhältnisse oder gewöhnliche Folgen einer Sache für Wahrheit an, bis das Gegentheil erwiesen worden, so werden solche Vermuthungen *Praesumtiones iuris* genennt. Solche Rechtsvermuthungen befreyen daher denjenigen, welcher sie für sich hat, allemahl vom Beweise, und wälzen denselben auf den Gegentheil, der die rechtliche Vermuthung wider sich hat. Blos menschliche Vermuthungen, welche in den Gesetzen nicht gegründet sind, haben hingegen diese Wirkung nicht, sondern adminiculiren nur zum Beweiß, und machen, daß zuweilen auf

11) *L.* 29. *D. de probat. L.* 74. *D. de R. I. c.* 1. *X. de confess. c.* 4. *et* 10. *de probat.*

auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden kann. Die rechtlichen Vermuthungen sind nun von sehr verschiedener Art. Einige derselben gründen sich schon in der Vernunft und allgemeinen Rechtsgrundsätzen; z. B. daß die ursprüngliche Beschaffenheit einer Sache vermuthet werde, mithin eine vorgegebene Veränderung jederzeit bewiesen werden muß; — eine Thathandlung, es sey Vertrag, Testament, Verbrechen, oder sonst etwas, nicht vermuthet werde; — ein Irrthum nicht zu vermuthen sey, u. d. m. andere hingegen sind durch die bürgerlichen Gesetze blos willkührlich eingeführt werden. Dahin gehört z. B. daß, wenn bey einer verkauften Sache sich der Mangel in den erstern drey Tagen äussert, angenommen werde, der Fehler sey schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden gewesen; oder wenn Eltern und Kinder in einerley Unfall zugleich umkommen, rechtlich vermuthet werde, das unmündige Kind sey eher, das mündige aber später, als die Eltern, verstorben; u. a. m. — [12]). Ganz verschieden von diesen Rechtsvermuthungen sind die gesezlichen Fictionen; denn eine gesezliche Fiction ist eine solche gesezliche Verordnung, vermöge welcher eine Sache für wahr angenommen wird, welche offenbar nicht wahr ist, sondern blos möglich gewesen wäre; bey jenen Präsumtionen hingegen nehmen die Gesetze eine zwar noch ungewisse, aber doch wahrscheinliche Sache für gewiß an. Die rechtliche Vermuthung ist also wirkliche juristische Wahrheit, eine gesetzliche

12) S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß. (Magdeburg u. Leipzig 1780. 8.) I. Abschn. 2. Cap. S. 27. und folg.

setzliche Fiction hingegen nicht, sondern diese verhält sich zu der Wahrheit, wie ein Gemählde zu der Sache selbst, welche durch das Gemählde vorgestellet wird. Sie entlehnt alle Züge von der Wahrheit, und verfolgt ihren Gang, wie der Schatten den Körper [13]). Daher die Regel zu erklären: *fictio idem operatur in casu ficto, quod veritas in casu vero.* Dergleichen Fälle, wo die Gesetze etwas fingiren, sind übrigens sehr häufig im römischen Rechte anzutreffen. So z. B. gründet sich die Lehre von der Annehmung an Kindesstatt, von dem Recht des Postliminiums, das Kornelische Gesetz, die alte Querela inofficiosi u. s. w. auf Fictionen [14]). Man hüte sich jedoch vor dem Fehler, Fictionen zu fingiren, in welchen diejenigen verfallen, welche Fictionen annehmen, von denen doch kein deutliches Gesetz angegeben werden kann [15]). Endlich muß auch

4) durch Gutachten der Kunstverständigen zuweilen die Wahrheit einer Thatsache herausgebracht werden, wenn nämlich die Beurtheilung derselben nach den Regeln einer besondern Kunst oder Wissenschaft geschehen muß. Dahin gehört, wenn über den wahren Werth einer Sache, oder über die Grenzen zweyer bey einander lie-

13) Gemeinnützige iuristische Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin u. Elsäßer 2. Band N. XVI. §. 125.

14) *A. D.* ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris Paris 1659. und *Christ.* GMELIN oder vielmehr D. *Christ. Iac.* ZAHN Diss. de fictionibus iuris romani. *Tubingae* 1787.

15) Joh. Jac. Prehns Untersuchung der Frage: ob die Legitimation ausser der Ehe gebohrner Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. 4.

liegender Aecker, oder über vorgegebene Schwangerschaft, und dergleichen Streitigkeiten entstehen. Besonders ist auch in peinlichen Fällen das Gutachten der Kunstverständigen von großer Wichtigkeit, wenn es auf Besichtigung und Section ankommt, um das corpus delicti zur Gewißheit zu bringen. In solchen Fällen gründet der Richter sein Erkenntniß auf das Gutachten und Zeugniß der Kunstverständigen, welches sie schriftlich, und mit Gründen unterstützt, zu den Acten geben müssen. Da Kunstverständige als Zeugen anzusehen sind, so müssen sie, wenn sie nicht sonst schon vereidet sind, oder die Partheyen mit ihrem unbeschwornen Gutachten zufrieden seyn wollen, besonders vereidet werden, weil ein Zeuge keinen Glauben verdient, wenn er nicht beeidiget ist [16]).

§. 42.

2) Verschiedene Art, die Gesetze anzuwenden. Cautelarische Rechtswissenschaft.

Es fragt sich hiernächst II) auf wie mancherley Art Gesetze auf vorkommende Handlungen angewendet werden können? Man unterscheide zwey Hauptfälle. Gesetze wendet man entweder an, ehe noch der Fall vorhanden ist, da über Rechte und Verbindlichkeiten gestritten wird, oder sie werden in einem solchen Falle angewendet, da wirklich schon ein Rechtsstreit obwaltet. Im ersten Falle hat die Anwendung der Gesetze die Abwendung künftiger verdrießlicher Processe zum Zweck, und

16) *L. 9. L. 16. C. de testib.* S. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit. §. 387. (dritte Auflage. Halle 1784.)

und kann auf zweyerley Art geschehen, a) gerichtlich, durch Bestätigung oder öffentliche Beglaubigung eines rechtlichen Geschäfts; z. B. daß man sein Testament gegerichtlich übergiebt, oder daß man einen Contract gerichtlich bestätigen läßt, u. d. b) Aussergerichtlich, wenn man denjenigen, welcher ein rechtliches Geschäft vornehmen will, unterrichtet, wie er es auf eine vorsichtige, bündige, und für ihn vortheilhafte Art einzurichten habe. Solche Vorsichtigkeitsregeln, welche bey Verrichtung oder Eingehung eines rechtlichen Geschäfts zu beobachten sind, wenn man demselben eine vortheilhafte Wirkung beylegen, und nachtheilige Folgen verhüten will, werden in dem römischen Rechte *cautiones*, ingleichen *heurematica*, von εὕρημα, inventum oder inventio, denn man erfand sie, um die Strenge des bürgerlichen Rechts, welche zu manchen Chikanen und Unbilligkeiten Anlaß gab, hierdurch zu mildern, und auf die natürliche Billigkeit zurückzuführen [17], heutiges Tages aber Cautelen genennt; und derjenige Theil der ausübenden Rechtswissenschaft, welcher dieser Cautelen lehrt, oder in der Fertigkeit bestehet, bürgerliche Rechtshandlungen auf eine vorsichtige, bündige und vortheilhafte Art einzurichten, heißt die Cautelar-Jurisprudenz, *Iurisprudentia cavens*, *heurematica* oder *cautelaris* [18]. Zum Beyspiel dienen die bey den Testamenten so heilsame Codicillar-Clausel, — die mystische Erbeinsetzung, — Socinische Cautel, — Mucianische Caution, — der commissorische

17) S. *Henr.* BRENKMANN de Eurematicis Diatriba (*Lugd. Batavor.* 1706.) Cap. I.

18) *Io. Nic.* HERTIUS de iurisprudentia cavente. *Giſſae* 1706. und *Io. Gottl.* HEINECCII Commentatio eiusdem argumenti in *Opuſculis minorib. varii argumenti* Opuſc. VIII. S. 301—388.

sorische Vertrag beym Kauf, Tausch und andern Contracten ausser der Verpfändnng, — die addictio in diem, der Vorkauf, der Wiederkauf, der Vorbehalt des Eigenthums oder einer Hypothek, das constitutum possessorium u. d. m. Es giebt auch allgemeine Cautelen, welche bey allen, oder wenigstens bey den mehresten Geschäften statt finden [19]). Die gebräuchlichsten Cautelen dieser Art sind a) die Begebung verschiedener allgemeiner Ausflüchte, als: des Betrugs, der Furcht und des Zwanges, des Irrthums, der Verjährung u. s. w. b) der Gebrauch der Eidesclausel, d. i. die Verstärkung der Verbindlichkeit mittelst Einschaltung der Formel: So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort. c) die Clausel *sub hypotheca bonorum*, oder Verpfändung aller meiner Haab und Güter [20]). d) die Protestationen und Reservationen. Die Cautelen mögen jedoch seyn, von welcher Art sie wollen, so müssen sie gesetzlich gebilliget seyn. Cautelen, die auf den Betrug anderer, oder eine Hintergehung der Gesetze abzielen, und wodurch verbotene Handlungen bemäntelt werden sollen, sind unerlaubt und unnütz. So z. B. ist die Renunciation der Verletzung über die Hälfte [21]), ingleichen die, wenn gleich auf die feyerlichste Weise, geschehene Begebung der exceptionis usurariae

19) Nettelbladts practische Rechtsgelahrtheit 1. Th. 2. Tit. §. 23. S. 17. und folg.

20) *Balth.* TILESIUS de cautela bey Verpfändung aller meiner Haab und Güter. *Ienae* etc. 1745.

21) FRATRUM BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Resp. VII. n. 54.

riae pravitatis, allen Rechten nach für ganz unkräftig zu halten [22]), es bleibt daher der wirklich getriebene verbotene Zinswucher unerlaubt und strafbar, er mag unter dem Scheine eines Vergleichs, oder daß die übermässigen Zinsen etwa freywillig angeboten, oder dem Gläubiger als eine Provision, oder für seine Mühwaltung zugestanden worden, oder, daß der Contract allenfalls als eine Temporalantichresis ohne Rechnung gelten solle, oder als ein Wiederkauf eingerichtet worden, oder unter dem Vorwande, daß die Gelder einem Dritten zugehören, oder als eine Conventionalpoen, oder unter irgend einem andern Deckmantel ausgeübt worden seyn [23]). So wie sich nun unter den römischen Rechtsgelehrten vorzüglich Herennius Modestinus [24]) in diesem Theile der Rechtswissenschaft ausgezeichnet hat, so dürfen unter den neuern die Verdienste eines Stryks [25]) und Claproths [26]) in diesem Fache nicht ungerühmt übergangen werden.

S 3 Wenn

22) LEYSER *Spec.* CCXLVI. *med.* 8.

23) Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. 2. Stück. n. IX. S. 151.

24) Herennius Modestinus schrieb ein ganzes Buch περὶ Εὑρηματικῶν, aus welchem zehen wichtige Fragmente in den Pandecten befindlich sind, die sowohl vom Heinrich Brenkmann in Diatriba de Eurematicis. *Lugduni Batavor.* 1706. 8. als vom *Io.* SCHILTER in Herennio Modestino. *Argentorati* 1687. 4. vortreflich erläutert worden sind.

25) Samuel Stryck hat bekanntermassen de cautelis contractuum, testamentorum und iuramentorum verschiedene Tractate geschrieben.

26) *Iust.* CLAPROTH Iurisprudentia Heurematica. P. I. *Goettingae* 1762. P. II. *Ib.* 1765. 8. Dieser berühmte Rechtsgelehrte gab hier-

Wenn nun aber Gesetze in einem solchen Falle angewendet werden, da wirklich schon Streitigkeiten über Rechte und Verbindlichkeiten obwalten; so kann die Anwendung derselben auf dreyerley Art geschehen; a) vom Richter, wenn er einen Rechtsstreit nach den Gesetzen untersucht, und entscheidet; b) von einem Advocaten, wenn er das Recht seines Clienten vor Gericht ausführt, und denselben vertheidiget; c) von den Partheyen selbst, wenn sie ihr Recht durch Klage oder Einrede verfolgen.

§. 43.

III) Wen verbinden die Gesetze eines Staats?

Die Lehre von der Anwendung der Gesetze macht endlich III) noch die Erörterung der Frage nöthig, wen die Gesetze eines Staats verbinden? Gesetze in so fern sie in dem oben (§. 4. S. 45.) angegebenen eigentlichen Verstande genommen werden, können ihrem Begriffe nach nur blos die Unterthanen verbinden, welche der obersten Gewalt und Majestät desjenigen Staats unterwor-

hierauf den dritten Theil seiner *iurisprudentiae hevrematicae*, welcher die Lehre von Testamenten und andern letzten Willen enthält, zu Göttingen im Jahr 1782. in teutscher Sprache heraus, welches ihn veranlaßte, auch die beyden vorhergehenden Theile ins Teutsche zu übersetzen, welche unter dem Titel; Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, zu Göttingen 1786. 8. erschienen sind. Diesen ist noch beyzufügen Christ. Gottl. Gmelin von aufsätzen über Verträge überhaupt, insonderheit von Schuld- und Pfandverschreibungen. Tübingen 1790. 8.

worfen sind, in welchem sie sind gegeben worden. Da nun die Gesetze in Teutschland entweder Reichs- oder Landesgesetze sind, so hat es nun, was die erstern anbetrift, keinen Zweifel, daß sie alle diejenigen, die der Majestät des Reichs unterworfen sind, sie seyen, wes Standes sie wollen, mithin auch selbst die teutschen Reichsstände verbinden[27]). Soviel hingegen die teutschen Landesgesetze anbetrift, so ist nun die Frage, ob auch der Landesregent an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden sey? unter den Rechtsgelehrten sehr streitig[28]).

27) Die Reichsgesetze sind zugleich in Ansehung der Reichsstände, mit deren Einwilligung sie gemacht worden, als Verträge anzusehen. S. Carl Fried. Gerstlachers Corpus iuris germanici publ. et privati 1. B. 1. Cap. S. 24. und 32. Auch sogar die römischen und kanonischen Rechte gelten als bestätigte gemeine Reichsrechte in den Privatrechtssachen der erlauchten Personen in Teutschland, sofern nicht etwa durch Familienverträge oder Observanz ein anders ist bestimmt, und in Ansehung ihrer festgesetzet worden. S. LEYSER Spec. XLI. med. 5. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. V. m. 2. PÜTTER de normis decidendi successionem illustrium controversam §. 13. und folg. v. Selchovs Rechtsfälle 2. Band S. 70. folgg. und Westphals Abhandlung von dem Gebrauch des justinianeischen Rechts in dem teutschen Staatsrechte und der Privatrechtsgelahrtheit der erlauchten Personen des teutschen Reichs. Halle 1779. 4.

28) Man vergleiche *Andr. Ios.* SCHNAUBERT Diss. de principe Legibus suis obligato *Ienae* 1793. und diese Abhandlung teutsch unter dem Titel: Auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden: mit einigen Anmerkungen und Zusätzen von Doct. Emanuel Fried. Hagemeister. Rostock und Leipzig 1795. 8. Joh. Christ. Maiers allge-

Diejenigen, welche sie bejahen, berufen sich theils auf den bekannten Ausspruch des Prätors: *Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*, theils auf einige andere Stellen des römischen Gesetzbuchs, in welchen einem Regenten die Beobachtung seiner Gesetze empfohlen wird [29]). Andere hingegen, gestützt auf den bekannten Grundsatz des Ulpians [30]): *Princeps legibus solutus est*, wollen den Landesherrn von der Verbindlichkeit seiner Gesetze ganz freysprechen. Allein die Beweise, die man für und wider die Sache aus dem römischen Rechte beybringt, sind von keinem sonderlichen Gewicht. Denn offenbar geht jener

allgemeine Einleitung in das Privatfürstenrecht überhaupt. Tübingen 1783. Kap. IV. §. 51. u. 52. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts. Band I. Heft 2. Nr. 4. S. 160—185. und Heft IV. Nr. 10. S. 457 – 469. HOMMEL Rhapsod. Quaest. For. Vol. III. Obs. 480. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts Th. II. §. 227. Carl Heinr. Heydenreichs Grundsätze des natürlichen Staatsrechts, und seiner Anwendung. Th. I. S. 164. folg. und Wilh. Aug. Frid. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts nach dem System des Hofr. Runde 1. Band (Stuttgard 1796. 8.) §. 5.

29) *L. 4. C. de LL. et Constitut. Princip.* Digna vox est maiestate Regnantis, *legibus alligatum se Principem profiteri;* und *L. 3. C de testament.* Nihil tam proprium imperii est, *quam legibus vivere.* Daß es allerdings vieles beytrage, bey den Unterthanen Gehorsam gegen die Gesetze einzuflößen, wenn sie bemerken, daß der Fürst selbst Achtung dafür hat, ist ausser Zweifel.

30) *L. 31. D. de Legib.* Ueber diese Stelle ist viel commentirt worden. Die verschiedenen Schriften hat Majer a. a. O. §. 51. Not. 53. S. 133. vollständig angeführt.

jener Ausspruch des Prätors nur die Richter an, welche aus Partheylichkeit von den Gesetzen abweichen; und ob der Grundsatz des **Ulpians** ganz allgemein oder nur einschränkend zu verstehen sey, ist theils unter den Rechtsgelehrten noch gar nicht ausgemacht [31]); theils ist auch überhaupt

S 5 noch

31) Viele Rechtsgelehrte wollen diese Stelle nur von den unter dem Kr. August gegebenen *legibus caducariis* verstehen, weil dieselbe laut der Inscription aus ULPIANI *lib.* 13. *ad Legem Iuliam et Papiam* genommen ist. So denken *Iac.* CUIACIUS *lib. XV.* Observat. cap. 30. *Iac.* LECTIUS in Orat. de vita et scriptis Ulpiani Tom. I. *Thesauri iuris Ottoniani* p. 62. *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad Leg. Iuliam et Papiam *cap.* 30. *Ant.* AUGUSTINUS de LL. et SCtis cap. 18. *Iac.* GUTHERIUS de officiis Domus Augustae Lib. I. c. 31. *Ger.* NOODT in Orat. de Lege regia. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Syntagm. Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 2. n. 66. u. a. m. Andere erklären die Stelle Ulpians von solchen Gesetzen, welche blos Solemnia iuris betreffen; als DONELLUS in comment. iuris civ. Lib. I. cap. 17. Noch andere, als *Em.* MERILLIUS Observat. iuris Lib. VIII. c. 19. und *Io. Car. van* WACHENDORF de principe legibus soluto, Cap. I. §. 6. und folgg. (*in Triade Dissertationum. Trajecti ad Rhen.* 1730. 8.) haben hingegen jene Meinungen widerlegt, und zu zeigen gesucht, daß die *L.* 31. *D. de LL.* allgemein, und von allen bürgerlichen Gesetzen zu verstehen sey. Für diese Meinung streitet auch die Allgemeinheit des Titels *de Legibus, SCtis* etc. in welchem die Stelle Ulpians befindlich ist. Wäre es nun auch allenfalls für den K. August oder seine Nachfolger ein Privilegium gewesen, daß sie von der Verbindlichkeit der sogenannten *Legum caducariarum* eximirt waren, so konnte doch gewiß Justinian, wie er seine Pandecten verfertigen ließ, hierauf nicht mehr zielen, weil er in der *L. un. pr. Cod. de caducis tollendis* überhaupt jene Gesetze aufgehoben hatte.

noch die Frage, ob dieser Satz in Teutschland für eine Norm des Staatsrechts gelten könne? Man unterscheide also vielmehr, ob von Landesverträgen und Staatsgrundgesetzen, oder von Privatgesetzen die Rede ist, welche der Landesherr aus gesetzgeberischer Macht promulgirt hat. Den Landesgesetzen der erstern Art ist das Oberhaupt des Staats allerdings unterworfen, denn sie verbinden ihn und seine Nachfolger als Verträge. In Ansehung der letztern ist hingegen wieder zwischen der Privat- und zwischen der öffentlichen Person des Landesherrn ein Unterschied zu machen. Wird der Landesherr als Privatperson betrachtet, so ist er, wie die übrigen Unterthanen im Lande, an seine Gesetze gebunden. Entsteht daher in solchen Privatsachen ein Streit zwischen dem Landesherrn und seinen Unterthanen, so sollen dergleichen Processe nach Vorschrift der neuesten Wahlcapitulation [32]) bey den ordentlichen Landesgerichten in erster Instanz entschieden werden [33]). Es ist demnach der

32) Art. XIX. §. 6.

33) Schon vorher, ehe jene Bestimmung in die neueste Wahlcapitulation aufgenommen wurde, hatte die Beschwerlichkeit der Austrägalinstanz die meisten teutschen Landesherrn veranlaßt, sich in ihren Streitigkeiten mit ihren Unterthanen durch Verträge den ordentlichen Landes-Dicasteriis zu unterwerfen. Man vergleiche Strubens gründlichen Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen. Sect. III. §. 12. *Ge. Frid.* MARTENS Diss. de foro S. R. I. Principum cum subditis suis litigantium. *Goett.* 1780. §. 29. Man sehe indessen hierbey Joh. Bapt. Schue Gedanken über die Rechtsbeständigkeit des Art. 19. §. 6. Capipitulat. noviss. im Betreff der Klagen teutscher Unterthanen gegen ihre Landesherrn. Wezlar 1791. 8. und Ebendesselben

der Natur der Sache gemäß, daß ein solcher Rechtsstreit zwischen dem Landesherrn und seinen Unterthanen auch nach den Gesetzen des Landes zu entscheiden sey, da die im Staate angeordneten Gerichtshöfe an die bürgerliche Ordnung und Vorschriften des Staats gewiesen sind [34]). Wenn ich behaupte, daß der Regent in seinen Privatverhältnissen den bürgerlichen Gesetzen seines Staats unterworfen sey, so lassen sich eigentlich zwey Fälle gedenken. — Es ist entweder von den Privathandlungen und Geschäften des Fürsten selbst, oder von Privathandlungen der Unterthanen, welche sich auf den Fürsten, nach seiner Privatperson, beziehen, die Rede. Im letzern Falle ist die Frage, ob die Unterthanen in ihren Handlungen und Geschäften mit dem Fürsten, seiner Privatperson nach betrachtet, an die Gesetze des Staats und gemeinen Regeln des Privatrechts gebunden sind, vollends keinem Zweifel ausgesetzt. Man setze also den Fall, daß ein Unterthan in seinem Testamente den Fürsten zum Erben eingesetzt hätte, ohne die in den Gesetzen des Landes vorgeschriebene Form beobachtet zu haben. Hier stünde dem aus einem solchen ohne die

ben rechtliche Prüfung der Verträge und Gewohnheiten zwischen teutschen Landesherrn und Unterthanen mit Rücksicht auf zu beschränkende reichsgerichtliche Jurisdiction. Wezlar 1792. 8.

34) REINHARTH Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. I. Obs. 10. Hiermit stimmt auch das Neue Gesetzbuch für die Preußischen Staaten in der Einleitung §. 87. überein, wo es heißt: Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats und seinen Unterthanen sollen bey den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze, erörtert und entschieden werden.

die gesetzliche Form vorgenommenen, und also ungültigen Geschäfte des Unterthans formirten Ansprüche des Fürsten auf Seiten der dabey interessirten Gegenparthey unstreitig ein ius quaesitum ex lege entgegen, welches hier, wo es offenbar nur blos um Privatinteresse zu thun ist, vom Fürsten, nicht einmal aus Landesherrlicher Machtvollkommenheit, so geradezu aufgehoben werden könnte. Tritt also vollends der Fürst als Kläger auf, um seinen Anspruch wider die Gegenparthey im Wege Rechtens zu verfolgen, so ist ja die Entscheidung dem ordentlichen Richter der Gegenparthey zu überlassen, der, in Ermangelung eines besondern, zum Vortheil des Fürsten sprechenden Privilegiums, nicht anders als nach den Gesetzen des Landes erkennen darf [35]. Was nun aber die Privathandlungen und Geschäfte des Fürsten selbst betrift, so läßt sich als allgemeine Regel annehmen, daß die bürgerlichen Privatgesetze des Staats in der Regel bey allen Privatverhältnissen und Privatgeschäften des Fürsten ihre Anwendung finden, soweit nicht die mit seiner Privatperson so innigst vereinigte Fürstenperson dieselbe

35) Hiermit stimmt auch das röm. Recht selbst überein: *L. 8. §. 2. D. de inoff. testam. §. ult. I. Quib. mod. testam. infirmant. L. 4. Cod. de LLbus. L. 3. Cod. de Testam.* Merkwürdig ist der Entscheidungsgrund, den PAULUS *Lib. IV. Sentent. Receptar. Tit. V. §. 3.* braucht, wenn er sagt: Eum enim, qui leges facit, pari majestate legibus obtemperare convenit, und hieraus beweisen will, daß auch ein solches Testament, worin der Fürst zum Erben eingesetzt worden ist, doch als inofficiös angefochten werden könne.

selbe überflüssig oder unmöglich macht [36]). So z. B. ist die Gültigkeit eines fürstlichen Privattestaments nach den bürgerlichen Gesetzen des Staats zu beurtheilen, welchen auch die Unterthanen bey Errichtung ihrer Privattestamente unterworfen sind [37]). Dahingegen leidet die Anwendung der bürgerlichen Privatgesetze bey den Privathandlungen des Fürsten einen Abfall, wenn zur Gültigkeit gewisser Geschäfte und Contracte der Unterthanen die oberherrliche Genehmigung, oder sonst eine öffentliche Auctorität erfordert wird [38]); oder die bürgerlichen Gesetze eine gewiße Handlung nicht sowohl zum Besten des Handelnden, sondern vielmehr zur Strafe für ungültig erklärt haben [39]). Es kann überdem das gemeine bürgerliche Recht bey manchen Privatgeschäften und Familienverhältnissen der teutschen Landesfürsten darum nicht eintreten, weil bey ihnen gewisse Institute rechtlich hergebracht sind, auf welche diese Gesetze nicht passen, oder weil vermöge einer erlaubten Autonomie diesen Gesetzen derogirt ist [40]).

Ich komme nun auf den andern Hauptfall, wenn man nämlich den Landesherrn nach seiner öffentlichen Person, folglich als Regenten, betrachtet, in dieser

36) Man sehe hier besonders nach Majer in der angef. Einleitung in das Privat-Fürstenrecht §. 52.

37) S. *Franc. Iof.* BODMANNI Comment. de arduo inter testamentum Principis S. R. I. publicum et privatum discrimine. *(Moguntiae* 1784.) §. XI. et XIII.

38) *L.* 34. *Cod. de Donation. L.* 14. *D. de Manumissicn.*

39) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. cap. XIV. §. 6. Majer a. a. O. S. 147.

40) Danz in dem angef. Handbuch 1. Band S. 14.

ser Rücksicht ist nun derselbe 1) an diejenigen Privatgesetze nicht gebunden, deren Grund und Zweck bey ihm keine Anwendung finden kann, oder deren Beobachtung oder Nichtbeobachtung in Ansehung des Regenten gleichgültig ist [41]. Denn der Regent hat sich nicht seiner eigenen Regierungsgewalt unterworfen. Er hat auch keinen Vertrag geschlossen, sein eigener Gesetzgeber in politischer Hinsicht zu seyn. Nach seiner öffentlichen Person stehet ferner 2) dem Landesherrn das Recht zu, seine Gesetze, wenn es die Wohlfarth seines Staats nothwendig macht, wieder aufzuheben oder abzuändern, und 3) in sofern das ius quaesitum anderer dadurch nicht beeinträchtiget wird, in einzelnen Fällen sich sowohl als andern Unterthanen eine Dispensation oder Privilegium dagegen zu ertheilen [42].

Uebrigens sind nun alle Unterthanen eines Landesherrn, ohne Unterschied, sie mögen geistlichen oder weltlichen Standes seyn, den Gesetzen desselben unterworfen. Denn wenn gleich die Geistlichen einen befreyeten Gerichtsstand haben, so dürfen sie sich doch, da sie ohne Zweifel als Bürger im Staate anzusehen sind, den bürgerlichen Gesetzen desselben keinesweges entziehen, in sofern sie nicht die Gesetze selbst hiervon eximiren [43]. Zwar suchte Innocenz III [44]) die

41) S. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandectas Specim. VIII. medit. II.

42) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 224.

43) Mit Recht schreibt *Petr. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. II. c. VII. §. 8. *Quia clerici, non tantum qua clerici, sed etiam qua cives sunt, spectantur in republica,* legibus Principum tenentur, *nisi earum gratiam aut libertate generali, toti clero indulta, aut alicui ordini ex beneficio Regum consecuti sint.*

44) *cap. 6. X. de maiorit. et obedient.*

die Geistlichkeit von der weltlichen Obrigkeit völlig loszureissen, und dieselbe unter das Joch des geistlichen Despotismus zu ziehen; allein in unsern Tagen siehet selbst der aufgeklärte Katholik dieses Unternehmen als einen unbefugten Eingriff in die geheiligten Rechte der Majestät an, welches der Vernunft und heiligen Schrift entgegen streitet [45]).

§. 44.

Verschiedene Gattungen der Unterthanen in Absicht auf die Verbindlichkeit der bürgerlichen Gesetze eines Staats.

Die Unterthanen eines Staats lassen sich nun in Beziehung auf die Art und Weise, wie sie der höchsten Gewalt im Staate unterworfen sind, unter verschiedene Classen bringen. Vor allen Dingen muß ich aber bemerken, daß nicht der blose Aufenthalt im Territorium, sondern die mit demselben verknüpfte stillschweigende oder auch ausdrückliche Einwilligung in die Abhängigkeit gegen die Landeshoheit, welche in der Absicht, um an den bürgerlichen Vortheilen des Staats Antheil zu nehmen, geschehen, denjenigen, welcher sich in einem Staate befindet, zum Unterthan desselben macht [46]). Hieraus folgt, daß sich die Oberherrschaft des Staats über die Unterthanen desselben weiter nicht erstreckt, als in soweit sich diese unterwürfig gemacht haben, und

45) S. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. ecclesiast. P. I. Cap. VIII. §. 119. folgg. u. §. 353. vorzüglich aber Jos. Val. Eybels Einleitung in das katholische Kirchenrecht (Frankf. u. Leipzig 1779. 8.) 2. Th. 2. Buch 2. Hauptst. §. 112.

46) J. J. Moser von der deutschen Unterthanen Rechten und Pflichten. Frankf. und Leipz. 1774. 4.

und sich haben unterwerfen können. Da nun die Menschen sich auf dreyerley Art der höchsten Gewalt im Staate unterwerfen können, nämlich entweder in Ansehung ihrer Person, oder in Ansehung ihrer Güter, oder in Ansehung ihrer Handlungen, die sie in einem fremden Lande unternehmen, so entsteht hieraus eine dreyfache Classe von Unterthanen. Die erstere Classe machen diejenigen aus, welche ihren Wohnsitz in einem Lande erwählt haben, in der Absicht, daselbst zu bleiben; diese werden Einwohner (*incolae*), und wenn sie besonders mit liegenden Gütern ansässig, und von der vornehmen Classe der Unterthanen sind, Landsassen [47]) genennt. Solche Unterthanen sind an alle Gesetze des Landes, in welchem sie ihr Domicilium haben, gebunden, so lange nicht besonders in Ansehung des einen oder des andern eine Ausnahme gemacht worden ist. In foro domicilii können sie daher aller Forderungen wegen verklagt werden; ja nach den Gesetzen des ståten und wesentlichen Aufenthalts ist der Zustand ihrer Person, mit den davon abhangenden Rechten, z. B. ob jemand für mündig oder unmündig, ehelich oder unehlich, u. s. w. zu halten sey, lediglich zu beurtheilen [48]). Die andere Classe von Unterthanen machen diejenigen aus, welche nur allein Güter in einem Lande besitzen, ohne daselbst zu wohnen. Diese werden *forenses*, Eingesessene und Begüterte genennt, obwohl auch diese Benennungen von jenen der erstern

47) *H. C.* GEISLER de Landsassiatu libellus primus. *Marburgi* 1780. 8.

48) Westphals teutsches und reichsständiges Privatrecht. 1. Th. 3. Abh. §. 6. u. folgg. *Io. Th.* SEGER Diss. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lipsiae 1777. §. 5. p. 17. besonders HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 4.

erstern Gattung gebraucht zu werden pflegen. Solche sind ordentlicher Weise dem Landesherrn, in dessen Territorium die ihnen gehörigen Güter liegen, für ihre Person nicht unterthänig; nur in Ansehung der Güter kommt demselben die Landeshoheit, und den Besitzern die derselben entsprechende Unterthänigkeit zu [49]). Daher auch die letzteren nur in sofern den Gesetzen des Landes unterworfen sind, als sie die liegenden Güter betreffen, weil sie in sofern auch den Schutz und die Sicherheit im Staate zu geniessen haben. Beyde jetzt erwähnte Classen von Unterthanen werden beständige genennt, von welchen also diejenigen zu unterscheiden sind, welche blos für zeitige Unterthanen (*subditi temporarii*) gehalten werden. Diese machen die dritte Classe von Unterthanen aus, und man versteht darunter solche, welche sich nur eine Zeitlang in einem Lande aufhalten, und entweder dasselbe blos durchreisen, oder auch Geschäfte halber sich daselbst befinden. Diese sind nur in Ansehung der Handlungen, die sie in dem Lande vornehmen, den Gesetzen desselben unterworfen.

Solche zeitige Unterthanen müssen sich also den Gesetzen des Orts, wo sie sich aufhalten, unterwerfen:

1) wenn sie daselbst Processe führen. Denn es ist ein unbestrittener Grundsatz, daß in allen Dingen, welche den Proceß und die Art des gerichtlichen Verfahrens betreffen,

49) So ist es ordentlicher Weise, inzwischen kann auch zuweilen nach der Verfassung einzelner Länder, wie z. B. in Sachsen, der Güterbesitz in einem Lande die völlige Unterthänigkeit bewirken, welches man den vollen Landsassiat nennt. S. *Lud.* MENCKEN de vi superioritatis territorialis in territoriis clauf. §. 8 — 13.

betreffen, lediglich die Gesetze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebt, zu beobachten sind [50]).

2) Müssen zeitige Unterthanen auch die Gesetze des Landes, wo sie sich aufhalten, befolgen, wenn sie daselbst rechtliche Geschäfte vornehmen, zu deren Gültigkeit eine gewisse Form erfordert wird; z. B. wenn sie daselbst Verträge schliessen, oder ein Testament machen. Denn es ist eine bekannte Regel, daß die äussere Form und Gültigkeit rechtlicher Geschäfte nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen sey, wo die Handlung vorgenommen worden [51]). Hieraus folgt a) daß ein jeder Vertrag, welcher da, wo er geschlossen worden, erlaubt und gültig ist, allenthalben seine Gültigkeit behaupte, wenn er gleich mit den Gesetzen desjenigen Landes, wo daraus geklagt

50) *C. F.* HOMMEL Rhapsod. Quaest. For. Obs. CCCCIX. n. 10. und 16. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 95. S. 448. ff. SEGER in der oben angeführten Diss. §. 10. *Car. Fr.* BOESCHEN Diss. de vi legum civil. in subditos temporarios, praes. *A. F.* SCHOTT. Lipsiae 1772. §. XXXI. sqq. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 8.

51) Westphal a. a. O. §. 2. S. 32. HOMMEL a. a. O. SEGER cit. Diss. §. V. pag. 17. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de collisione legum. Sect. IV. Weber a. a. O. §. 62. S. 219. Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 53. S. 180. folg. Der besondere Stand des Fremdlings macht keinen Unterschied. Denn auch ein teutscher Prinz, wenn er in auswärtigen Staaten Verträge schließt oder andere verbindliche Handlungen unternimmt, muß sich nach den Gesetzen dieser Lande richten. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCXLVIII. §. 9. S. 79.

geklagt wird, nicht übereinſtimmt [52]). Aus dem nämlichen Grunde gilt b) ein Teſtament, bey deſſen Errichtung der Teſtirer die äuſſerlichen Feyerlichkeiten beobachtet hat, die an dem Orte, wo daſſelbe gemacht werden, vorgeſchrieben ſind, an allen Orten, wenn auch gleich an dieſen andere Solennitäten vorgeſchrieben ſeyn ſollten [53]). Dies iſt wenigſtens die Meinung der meiſten Rechtsgelehrten, welche auch der Gerichtsgebrauch beſtätiget. Wenn daher z. B. ein Kaufmann von Frankfurt in Erlangen bey ſeiner Durchreiſe plötzlich von einer gefährlichen Krankheit überfallen würde, und hier ſein Teſtament vor fünf untadelhaften Zeugen, die ſolches unterſchrieben und beſiegelt haben, gemacht hätte; (denn mehr erfordert die hieſige Landesordnung nicht zur Solennität eines auſſergerichtlichen Teſtaments) ſo iſt es auch zu Frankfurt gültig; wenn gleich die Frankfurter Statuten zur Gültigkeit eines ſolchen Teſtaments ſieben Zeugen erfordern. Wir reden jedoch nur von der Form

T 2 und

52) *L. 34. D. Reg. Iuris.* Jedoch hat dieſe Regel auch ihre Ausnahmen. Dahin gehört z. E. wenn Unterthanen eines Landes in der Abſicht, um den Geſetzen deſſelben auszuweichen, eine nach denſelben verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo ſie erlaubt iſt, vollziehen. Man ſehe Weber a. a. O. §. 62. S. 222. f.

53) VOET a. a. O. §. 13. VINNIUS ſelect. iuris Quaeſtion. Lib. II. cap. 19. GAIL Obſervat. Lib. II. c. 123. HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. I. Tit. 3. p. 538. *de* CRAMER Obſervat. iuris univ. T. II. Obſ. 553. CONSIL. TUBINGENSIA Vol. I. Conſ. 41. PUFENDORF Obſervat. iuris univerſi. T. I. Obſ. 28. §. 9. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 450. SEGER in der angef. Diſſertat. §. 8. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 142. Danz im Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts a. a. O. S. 181.

und äusserlichen Feyerlichkeit eines Testaments. Denn in sofern von der Substanz desselben, und den Gütern selbst die Rede ist, worüber testirt wird, so müssen hauptsächlich die Gesetze desjenigen Orts, wo die Güter liegen, angewendet werden. Z. B. wenn die Frage ist, wen der Testator zum Erben einzusetzen, oder wem er ein Legat zu hinterlassen, ob er ferner über dieses oder jenes Grundstück eine testamentliche Anordnung zu machen, oder der Legatar das ihm vermachte Grundstück zu acquiriren befugt sey? u. d. m. Denn die Güter sind jederzeit dem *iuri rei sitae* unterworfen [54]; und nur in dieser Hinsicht gebe ich denjenigen Recht, welche die Gültigkeit eines Testaments nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo die Güter liegen, beurtheilt wissen wollen [55].

3) Auch in Ansehung der Intestaterbfolge muß der Fremdling sich den Gesetzen desjenigen Orts unterwerfen, wo er succedirt. Der Regel nach wird nun zwar die Erbfolge in den Gütern eines Verstorbenen nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo derselbe sein Domicilium hatte, wenn auch gleich ein Theil der Güter auswärts liegen sollte. Es ist indessen in Ansehung der unbeweglichen Güter allerdings eine Ausnahme alsdann zu machen, wenn in dem Lande, wo selbige liegen, besondere Verordnungen oder Statuten vorhanden sind, vermöge welcher

54) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. *Toh. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad Christinaei Decisiones. Vol. IV. Obs. 13. pag. 6. Danz a. a. O. S. 182. Nr. II.

55) *Nic.* BURGUNDUS Comment. ad consuetud. Flandriae Tr. VI. *Io. God.* SAMMET Quaest. Forenses. Obs. 1. §. 4. in *Opusc.* pag. 244. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 6. et 7.

cher sie nach dem Tode des Erblassers schlechterdings an keinen andern Erben und Nachfolger, als welchem sie nach den Gesetzen dieses Orts bestimmt sind, fallen sollen; denn wo dieses nicht ist, so gehet es auch bey den unbeweglichen Gütern eben sowohl, wie bey den beweglichen, nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo der Verstorbene sein Domicilium gehabt hat [56]. Endlich

4) wird auch ein zeitiger Unterthan nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo er sich aufhält, behandelt, wenn er daselbst ein Verbrechen verübt hat. Denn er hat sich deren Strenge selbst unterworfen, wenn er gegen ihr Strafverbot handeln sollte. Daher verordnet schon **Justinian** in einer seiner Novellen [57]: *ut unusquisque in provincia, in qua deliquit, ibi quoque iudicium accipiat.* Dieses hat auch keinen Zweifel, wenn dem Missethäter an dem Orte, wo er das Verbrechen begangen hat, der Proceß gemacht wird [58]. Man erfordert jedoch nicht unbillig, daß wenn das Verbrechen des Fremden entweder nur wider ein Landes- und statutarisches Gesetz, oder zwar wider das gemeine Recht laufen, aber doch nach demselben nicht diejenige

 harte

56) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 28. KOCH de successione ab intestato civili §. 14. *Iust. Ferd.* HAMM de statutorum collisione et praeferentia in caussis successionum ab intestato. *Erlangae* 1792. 8. §. 9. sqq. und Joh. Wilh. Heinr. Ludolff in der systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestat-Erbfolge. (Halle 1794. 8.) §. 189. ff.

57) *Nov. LXIX. cap.* 1. *princ.*

58) CARPZOV Pract. rer. crim. P. II. Qu. 54. n. 51. LEYSER Spec. CCLXXXIX. med. 6. KRESS ad Art. CLXXVII. C.C.C. pag. 650. *G. L.* BOEHMER de abigeatu et furto equorum §. 103.

harte Strafe verdienen sollte, welche die Gesetze des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, darauf setzen; der Delinquent an dem Orte schon eine Zeitlang sich aufgehalten haben müsse, wenn die deshalb bestimmte Strafe statt finden solle: daher ein Ankömmling gegen die Strenge der Landesgesetze allerdings zu schonen ist, wenn er darthun könnte, daß er sich in einer unüberwindlichen oder wenigstens in einer verzeihlichen Unwissenheit befunden habe [59]). Wenn hingegen der Verbrecher an einem andern Orte, als an welchem er das Verbrechen begangen, zur Untersuchung und Bestrafung gezogen wird, so wollen zwar auch viele Rechtsgelehrte behaupten, daß ein ausserhalb Landes begangenes Verbrechen in foro deprehensionis nach den Gesetzen des Orts, wo das Verbrechen verübt worden ist, und nur in deren Ermangelung nach den Vorschriften des gemeinen Rechts zu bestrafen sey [60]). Allein geschähe gleich dem Delinquenten kein Unrecht, wenn er nach den Gesetzen des Orts, wo er die Missethat begangen hat, geurtheilt würde, weil er zunächst diese übertreten hat; so läßt sich doch keinesweges behaupten, daß der Richter, der den Verbrecher eingezogen, an jene Gesetze schlechterdings gebunden sey; weil diese in Ansehung des Richters, der die Inquisition formirt, fremde Rechte (iura alieni territorii) sind. Dahero behaupten andere Rechtsgelehrte mit mehrerem Grunde, daß die Strafe in einem solchen Falle, da

59) *Io Sam. Frid. de* BOEHMER ad Carpzovium Quaest. CXLIX. Obs. 4. n. 67. Struben in den rechtlichen Bedenken Th. II. Bed. 113. und Th. IV. Bed. 28.

60) LEYSER Spec. DCXLIV. med. 10. Strubens Bedenken Th. IV. Bed. 135. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts I. Th. 3. Abschn. §. 95.

da die Gesetze des fori delicti und deprehensionis nicht übereinstimmen, nach dem gemeinen Rechte zu bestimmen sey [61]). Da inzwischen ein Richter jede Gelegenheit ergreifen muß, wo er die Strenge der Strafe ohne Eintrag der Gesetze mildern kann [62]), so nimmt man billig den Fall aus, wenn das particulaire Recht eine gelindere Strafe bestimmt hätte, als in dem gemeinen peinlichen Recht verordnet stehet [63]). Ein Richter kann daher in einem solchen Falle die mildere Strafe, die nach den Gesetzen seines Landes auf das Verbrechen gesetzt ist, statt der strengern Strafe, die das gemeine Recht bestimmt hat, ohne Anstand dem Missethäter zuerkennen; ja es muß jene gelindere Strafe um so mehr eintreten, weil der Landesherr, dessen Richter die Strafe erkennt, das gemeine Recht nicht angewendet wissen, sondern es so haben will, daß Verbrechen dieser Art gelinder behandelt werden sollen. Eben so billig ist es aber auch, daß der Richter, der die Untersuchung führt, dem Verbrecher die Milderung angedeihen lasse, die nach den Gesetzen des Orts, wo die That begangen worden, statt findet; nicht als ob diese Gesetze den Richter der Untersuchung verbänden, sondern weil unter solchen Umständen die Zurechnung geringer ist [64]).

61) Meister im peinl. Proceß S. 685. *G. L.* BOEHMER Diss. de delictis extra territorium commissis. *Goettingae* 1748. §. 16. und 17.

62) *L. 56. L. 168. D. de Reg. Iur. c. 49. eodem in 6to.*

63) HOMMEL Rhapsod Quaestion. for. Obs. 281. KOCH Institut. iuris crim. L. I. c. VI. §. 94. ZOLLER Spec. I. Observat. practicar. *Lipsiae* 1778. Obs. 7.

64) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 125.

§. 45. und 46.

Begriff und Eintheilung der Gerechtigkeit.

Wir schreiten jetzt zu dem zweyten Hauptheil dieses Titels, welcher von der Gerechtigkeit (Iustitia) handelt. Die Handhabung derselben ist der Zweck unserer Rechtsgelehrsamkeit, daher auch die Rechtsgelehrten Priester der Gerechtigkeit genennt werden [65]). Was ist nun aber die Gerechtigkeit? **Ulpian** setzt sie nach den Lehrsätzen der Stoiker in eine feste und beständige Bereitwilligkeit, jedem das Seinige zu geben und zu lassen; (constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi [66]). Die Stoiker betrachteten nämlich die Gerechtigkeit als eine Tugend, und dachten sich darunter eine constantem et perpetuam vitae rationem [67]). Nach dieser strengen Tugendlehre sahen sie daher bey Ausübung der Gerechtigkeit zugleich auf die innern Neigungen. Die äusserliche Erfüllung der Pflichten genügte ihnen noch nicht; nein, nur denjenigen hielten sie für gerecht, der auch den Willen, und zwar den festen und unveränderlichen Willen hätte,

65) *L.* I. §. I. *D. de I. et I. Io. Iac.* BOSIUS de Iurisconsultis sacerdotibus iustitiae. *Lipsiae* 1739.

66) *L.* 10. *pr D. eodem.* Hiermit stimmt auch CICERO de Finibus Lib. V. c. 23. überein, wo er sagt: IUSTITIA *est animi affectio, suum cuique tribuens, et hanc societatem coniunctionis humanae mirifice et aeque tuens.*

67) S. CICERO *de Legib. Lib. I. c.* 17. und *lib. IV. Academicor.* ARISTOTELES *ad Nicomach. v.* I. GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XVII. c. 5. in fine. Mehrere Stellen noch hat WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris. L. I. c. IV. §. 133. pag. 221.

hätte, gerecht zu handeln [68]). Allein es mag immerhin der angeführte Begriff von der Gerechtigkeit seine Vertheidiger gefunden haben [69]), für den Juristen ist er wenigstens nicht brauchbar, dessen Zweck nur Handhabung der äusserlichen Gerechtigkeit ist [70]). Die eigentliche Gerechtigkeit, die für das Forum des Rechtsgelehrten gehört, bestehet demnach in der Uebereinstimmung der äusserlichen Handlungen des Menschen mit den vollkommenen oder Zwangsgesetzen. Nach diesem juristischen Begriff der Justiz wird also a) ein jeder für gerecht gehalten, dessen Handlungen nur äusserlich den Gesetzen gemäß sind, wenn er auch gleich nur aus Furcht vor der Strafe gerecht handelte, seine innere Gesinnungen und Neigungen aber nichts weniger als mit den Gesetzen übereinkämen; denn darum bekümmert sich der Rechtsgelehrte nicht. Cogitationis poenam nemo patitur [71]). b) Gerechtigkeit hat immer nur Beziehung auf vollkommene oder Zwangsgesetze. Wer also nur Liebespflichten

 gegen

68) S. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. III. c. 1. et 2. *Christfr.* WAECHTLER ad Noodtium in *Opusculis* pag. 289. sqq. HUBER Digress. Iustinian. Lib. I. cap. 7. *Io. Ge.* MARCKART Receptar. iuris civ. lection. P. I. pag. 20. *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 4. u. a. m.

69) *Fr. Car.* CONRADI Diss. de iustitia interna a fine iurisprudentiae civ. non separanda. Helmst. 1744. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 15.

70) Eben dieses hat auch schon GEBAUER in Diss. de iustitia et iure §. IV. gegen die Definition des Ulpians eingewendet.

71) *L.* 18. *D. de poenis.* Man erinnere sich hierbey an dasjenige, was oben (§. 6.) über diesen Gegenstand bereits gesagt worden ist.

gegen andere Menschen nicht erfüllt, übrigens aber alles dasjenige pünctlich beobachtet, was die bürgerlichen Zwangsgesetze von ihm fordern, von dem kann man nicht sagen, er handle ungerecht. Denn die Pflichten der Menschenliebe liegen ausser den Grenzen der eigentlichen Gerechtigkeit; (iustitiae forensis) die Hintansetzung derselben mißbilliget zwar die Moral, und erweckt auch wohl bey dem edeldenkenden Theil des Publicums Verachtung, aber sie ziehet doch keine eigentliche Strafe nach sich [72]). Hieraus erhellet, daß die Eintheilung einiger Rechtsgelehrten von der Gerechtigkeit, wenn sie dieselbe in *expletricem*, welche in der Erfüllung der vollkommenen Pflichten, und *attributricem*, welche in der Beobachtung der Liebespflichten bestehen soll, eintheilen [73]), für den Rechtsgelehrten gar keinen Nutzen habe, weil wir in foro humano nur mit Zwangsrechten und vollkommenen Pflichten zu thun haben [74]).

Eben so irrig ist auch die bekannte Eintheilung der Gerechtigkeit in *distributivam* und *commutativam*, welche gemeiniglich mit jener verwechselt wird. Erstere soll diejenige seyn, welche ein geometrisches, und letztere, welche ein arithmetisches Verhältniß zum Maßstab annimmt [75]). Die arith-

72) S. z. B. erzählt CICERO de officiis Lib. III. c. 13. man habe es zu Athen für eine Schande gehalten, *erranti viam non monstrare.*

73) GROTIUS de I. B. ac P. Lib. I. c. 1. §. 8.

74) WÜRFEL iurisprud. civ. definitiva §. 2.

75) Es ist diese Eintheilung aus des Aristoteles Ethik V. Buch 5. Cap. genommen; S. KAESTNER Commentat. de iustitia eiusque speciebus, in Aristotel. Ethic. V. *Lipsiae* 1737. Daß jedoch ein Mißverstand der Worte jenes Philosophen die eigentliche

arithmetische Proportion, sagt man, finde nur beym Handel und solchen Contracten statt, in denen die Partheyen einander gegenseitig etwas zu leisten versprochen haben; die geometrische hingegen werde bey Beschwerungen oder gemeinen Lasten der Unterthanen, sodann bey Belohnungen und Besetzung der Ehrenstellen, desgleichen bey der Bestrafung der Verbrechen, auch bey der Berechnung im Concurse, wenn die Frage ist, wie viel ein jeder Gläubiger an Unkosten, oder, wenn mehrere Gläubiger derselbigen Gattung vorhanden sind, die kein Vorzugsrecht vor einander haben, wegen nicht hinreichender Concursmasse, an der Forderung sich müssen abgehen lassen, und dergleichen, angewendet[76]). Man sagt ferner, *Iustitia distributiva* nehme auf die Person, Stand und Verdienst Rücksicht, die *commutativa* aber nicht. Allein das Irrige dieser pur-scholastischen, und in unsern Gesetzen nirgends gegründeten Eintheilung zeigt sich sogleich offenbar, wenn man erwägt, daß unsere Gesetze auch bey dem Handel und Verträgen, die einzelne Bürger mit einander schliessen, nicht nur einen Unterschied der Personen in Ansehung ihres Alters, Geschlechts und anderer Verhältnisse, statt finden lassen, sondern auch selbst in Ansehung der versprochenen Prästationen überall eine geometrische Proportion

liche Quelle dieser Eintheilung sey, hat D. *Io. Sam. Traug.* GEHLER in Commentat. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda *Lipsiae* 1777. §. XIII. gründlich dargethan.

76) Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Processes 3. Theil S. 4. §. 5. *Io. Ge.* DARIES Diss. de interpretat. et extensione *L.* 2. *C. de resc. vendit.* Trajecti ad Viadr. 1775. §. 24. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. P. I. §. 16.

tion beobachtet wissen wollen. Wie verschieden sind nicht die Rechte der Pupillen und Minderjährigen bey den Verträgen und Veräusserungen? — der Weibspersonen bey Bürgschaften? — der filiorumfamilias beym Darlehnscontract, oder auch bey andern Contracten, die sie gültiger weise schliessen können, wenn es auf die Frage ankommt, in wiefern sie selbst während der väterlichen Gewalt daraus belangt werden können? — der Gesellschaftsgenossen, wenn sie der Societätscasse schuldig sind? u. s. w. Daß aber auch in Ansehung der zu leistenden Objecte bey den Contracten ein geometrisches Verhältniß zu beobachten sey, beweißt unter andern der Societätscontract, bey welchem sich, wenn die Geselischafter ein anders nicht festgesetzt haben, die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen richtet [77]; diese geometrische Proportion findet ferner auch beym Kauf [78], und Mieth- oder Pachtcontract [79], desgleichen bey Zahlungen [80], bey dem Versprechen einer Brautgabe,

77) *L. 6. L. 80. D. pro socio.* conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae aut pecuniae in societatem collaturus erat.

78) Der Kaufschilling wird vermehrt oder vermindert nach dem Maaß und der Güte der verkauften Waaren. *L. 40. §. 2. D. de contr. emt. vend. L. 4. §. 1. D. de act. emt. vend.*

79) Der Miethzins wird nach dem Verhältniß der Zeit und der geleisteten Dienste, oder gehabten Nutzung berechnet, *L. 21. L. 30. pr. et §. 1. D. locati cond. L. 15. §. 7. D. eodem.*

80) *L. 8. D. de solut.* Illud non ineleganter scriptum esse POMPONIUS ait: si par dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis *pro portione* videri solutum.

be [81]), und überhaupt in allen den Fällen statt, wo von der Prästation und Bestimmung einer gewissen Quantität die Frage ist [82]). Ich übergehe mehrere Argumente mit Stillschweigen, die man bey andern in den unten angeführten Schriften finden wird [83]).

81) Der Brautschatz wird nach Verhältniß des Vermögens desjenigen, welcher ihn bestellen muß, und des Standes der Verlobten festgesetzt. *L.* 60. u. *L.* 69. *§.* 4. *D. de iure dot.*

82) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris. *Lib. III. cap.* 6. hat diesen Satz mit sehr vielen Beyspielen bestärkt.

83) *Henr.* COCCEII Disp. de proportionibus. *Heidelberg.* 1671. LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec. I. med.* 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Digest. *h. t.* §. 15. *sqq.* THOMASIUS Disp. de aequitate cerebrina *L.* 2. *C. de resc. vendit.* Cap. 2. §. 35. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. *Spec. I. med.* 2. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 170. besonders *Lud.* HERRENSCHNEIDER Diss. de laesionis enormis computatione Part. Poster. Argent. 1785. Cap. I.



Lib. I. Tit. II.

De Origine Iuris.

Die Absicht des Kaiser Justinians bey diesem Titel der Pandecten war, den Rechtsgelehrten einen Leitfaden in die Hände zu geben, nach welchem sie der rechtsbeflissenen Jugend die Geschichte des römischen Rechts und der Regimentsverfassung des römischen Staats, vortragen, nicht weniger eine Anleitung zur Kenntniß der Litteratur und der römischen Rechtsgelehrten geben könnten, weil ohne diese Kenntnisse niemand, der ein Rechtsgelehrter werden will, fortkommen kann. Der größte Theil dieses Titels ist aus des POMPONII *libro singulari Enchiridii* genommen, wie die Ueberschrift der L. 2. h. t. zeiget; welches Fragment sich jedoch nur bis auf die Zeiten Hadrians erstreckt. Da nach der heutigen Lehrmethode die Rechtsgeschichte, und die übrigen in diesem Titel berührten propädevtischen Wahrheiten nicht mehr bey den Pandecten, sondern in eignen Vorlesungen gelehrt zu werden pflegen, auch überdies an Schriften, wodurch die römische Rechts- und Staatsgeschichte ist bearbeitet worden [84]), kein Mangel ist, so über-

84) Wir können die vorzüglichsten Schriften dieser Art in zwey Classen bringen, einmal in solche, die eine Erläuterung des Pomponiussischen Fragments oder der *L. 2. D. de O. I.* enthalten, unter welchen ausser dem oben schon angeführten *van der* MUELEN, noch besonders RUPERTI Animadversiones, *Corn. van* BYNCKERSHOEK Praetermissa, wel-che

übergehe ich den Inhalt dieses Titels, und will, statt dessen, nur im Allgemeinen von den Quellen der in Teutschland üblichen bürgerlichen Rechtsgelahrtheit und deren Gebrauch handeln. Man verstehet darunter die in Teutschland geltenden Privatgesetze, aus welchen die zur bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit gehörige rechtliche Grundsätze und Wahrheiten herzuleiten sind. Diese sind nun von zweyerley Art:

I) fremde in Teutschland recipirte Gesetze;

II) teutsche, einheimische Gesetze.

1. Ab-

che beyde in UHLII *Opusculis ad Hist. iuris pertinent.* stehen, desgleichen *Antonii* GARRONIS in tit. Dig. de O. I. commentaria. *Bremae* 1631. *Ger.* COCCEJI Commentarii. *Groeningae* 1660. und *Sim.* LEEWIUS de origine et progressu iuris civ. Rom. *Lugd. Batav.* 1671. zu bemerken. Die andere Classe von Schriften machen diejenigen aus, welche die Geschichte des römischen Rechts und römischen Staats vollständiger vorgetragen haben; zu diesen rechne ich ausser den bekannten classischen Werken eines *Chr. Gcd.* HOFFMANN, *Io. Sal.* BRUNQUELL und *Io. Gottl.* HEINECCIUS, mit Ritters und Silberrads Noten, vorzüglich *Io. Aug.* BACH Historia iurispr. romanae cum observationibus *Aug. Corn.* STOCKMANN. Lipsiae 1796. 8. maj. und das neueste Werk des D. *Thomas* BEVER unter dem Titel: The history of the Legal Polity of de Roman State, and of the Rise, progress and extent of the Roman Laws. London 1780. 4. und ins Teutsche übersetzt unter der Aufschrift: Geschichte des römischen Staats und des römischen Rechts von L. Völkel. Leipzig 1787. 8. Auch sind die Werke eines Fergusons und Gibbon's über den Fortgang und Verfall der römischen Republik für Rechtsgelehrten von großem Nutzen.

1. Abschnitt.

von

den in Teutschland geltenden fremden Gesetzen, welche als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechts-gelehrsamkeit anzusehen sind.

A.

Vom römischen Rechte.

---

§. 47.

Begriff und Eintheilung des römischen Rechts.

In der weitläuftigen Bedeutung versteht man unter dem römischen Rechte den Inbegriff aller und jeder Gesetze, welche in dem römischen Staate von dessen erstern Gründung an, bis auf den Untergang des griechischen Kaiserthums gegolten haben. In der eigentlichen Bedeutung aber wird darunter das Justinianeische Recht, oder der Inbegriff der zu Justinians Zeiten in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Gesetze, welche in dem Corpore iuris civilis enthalten sind, verstanden. Nimmt man das römische Recht in dem ersteren generellen Sinne, so enthält solches drey verschiedene Theile. a) das Ante-justinianeische, b) das Justinianeische und c) das Postjustinianeische römische Recht.

§. 48.

a) Ueberbleibsel des Antejustinianeischen römischen Rechts.

Soviel zuerst die vor Justinians Zeiten gültig gewesenen röm. Gesetze anbetrift, so haben wir von diesen h. z. T. noch folgende Fragmente [85]).

I) Die Ueberbleibsel der königlichen Gesetze, (Aut. §. 47. u. 48.) welche von den röm. Königen gegeben, und durch die Stimmen des römischen Volks auf den comitiis curiatis bestätiget worden sind. C. Papirius, dem als Pontifex Maximus die Sorge für die Erhaltung der Gesetze von Amtswegen oblag, brachte sie nach Vertreibung der Könige in eine vollständige Sammlung, welche theils zur Ehre ihres Verfassers, theils weil sie das damals geltende schriftliche Civilrecht der Römer enthielt, *ius civile Papirianum* genennt wurde. Eben dieser Mann hatte auch schon vorher die Tafeln, worauf Ancus Marcius die geistlichen Gesetze des Königs Numa aufzeichnen, und zur allgemeinen Notiz im Foro aufstellen lassen, weil sie durch die Länge der Zeit veraltert und verdorben waren, wieder hergestellet [86]). Daher der gemei-

85) Hierbey verdienen vorzüglich Just. Henning Böhmers Gedanken von den verlohrnen alten römischen Gesetzen und Rechtsbüchern, wie auch von den grossen Bemühungen der Gelehrten, solche wieder herzustellen, in Schotts iurist. Wochenblatt 3. Jahrgang 1774. N. XXVIII. S. 497—534. nachgesehen zu werden.

86) Auf diese Art sind die Nachrichten des Pomponius *L.* 2. *§.* 2. und *§.* 36. *D. de O. I.* und des Dionysius von Ha-

gemeine Irrthum entstanden, als ob nur allein die geistlichen Gesetze des **Numa** von **Papirius** gesammelt worden wären, welche ich an einem andern Orte widerlegt habe [87]). Die Fragmenta legum regiarum et iuris papiriani findet man mit einer Erläuterung beym **Hoffmann** *Tom II. Historiae iuris.* pag. 1 - 64.

II) Die Fragmente der zwölf Tafelgesetze. (Autor §. 49.) Sie wurden von zehen dazu verordneten Männern, die man aus den vornehmsten Gliedern des Senats erwählet hatte, hauptsächlich aus griechischen deshalb eingeholten Gesetzen verfasset, und im Jahr der Erbauung Roms 306. unter dem Consulate des L. **Valerius** und M. **Horatius** in 12 ehernen Tafeln bekannt gemacht. Jacob **Gothofredus** [88]) hat diese Ueberbleibsel am besten restituirt; und BOUCHAUD zu Paris hat sie am vollständigsten erläutert [89]).

III) Die Ueberreste einzelner römischer Gesetze. Z. B. des *Legis Mamiliae finium regundorum* [90]), *Legis*

Halicarnassus *Antiquit. Rom. Lib. III. p.* 178. nach der Sylburg. Ausgabe mit einander zu vereinigen.

87) S. meine Abhandlung de iure civili papiriano. (*Opusculor.* fasc. II. *Erlangae* 1786.)

88) Fontes quatuor iuris civ. *Genevae* 1653. Lib. I.

89) Commentaire sur la Loi des douze Tables. *Paris* 1787. gr. 4.

90) *Car.* SAXII Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. Traj. ad Rhen. 1779.

Legis Voconiae [91]), *Legis Aeliae Sentiae* [92]), *Legis Iuliae et Papiae Poppaeae* [93]) u. d. m. welche durch die rühmlichen Bemühungen verschiedener Rechtsgelehrten, so viel möglich gewesen, wiederhergestellet worden sind [94]).

IV) Die Bruchstücke von dem Edicto Perpetuo. (Aut §. 65.) Salvius Julianus verfertigte diese Sammlung auf Befehl Kr. Hadrians aus den brauchbarsten Edicten der röm. Magistratspersonen, vornämlich der Prätoren [95]). Sie wurde im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch bekannt gemacht. Was davon auf unsere Zeiten gekommen, haben wir den Bemühungen eines Baro, Perräus, Ranchinus, Gothofredus, Noodt und Heineccius zu verdanken [96]). Ranchins Edictum perpetuum

91) *Iac.* PERIZONII Diss. de Lege Voconia, feminarumque apud veteres hereditatibus, in *Triade ab* HEINECCIO *edita Halae* 1722. 4.

92) Die Fragmente dieses Gesetzes findet man in HEINECCII Antiquit. Rom. Lib. I. Tit. VI. §. 12.

93) Nach *Iac.* GOTHOFREDUS hat dieses wichtige Gesetz am vollständigsten *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Comment. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. *Amstel.* 1731. 4. restituirt.

94) S. *Ant.* AUGUSTINI de Legibus et Senatusconsultis liber, adiunctis Legum antiquarum et SCtorum fragmentis, cum notis FULVII VRSINI. *Parisiis* 1584. fol.

95) *L. 2. §. 18. Cod. de vet. iur. enucleando.* Hr. Prof. Hugo in seinem Lehrbuch der Rechtsgeschichte (Berlin 1790. 8.) §. 105. hat jedoch gegen diese gemeine Behauptung einige Zweifel vorgebracht.

96) Man vergleiche hier die lesenswürdige Abhandlung des Hrn. Oberhofgerichtsassessors Haubold über die Versuche, das prätori-

petuum Paris 1597. 8. findet sich auch in Hofmanns Histor. iuris Vol. II. pag. 305 — 360. mit einigen schätzbaren Anmerkungen und Berichtigungen des Herausgebers. *Iac.* GOTHOFREDI Series edicti perpetui erschien zuerst in seinen *Fontibus quatuor iuris civ.* ist aber noch in mehrern andern Werken befindlich. **Noodt** ließ sich in seinem Pandekten-Commentar die Wiederherstellung des Edicts vorzüglich angelegen seyn. Allein sein Commentar umfaßt leider nur die ersten 27 Bücher. Dahingegen enthält die vereinigten Ranchinischen, Gothofredischen und Noodtischen Resultate **Wielings** seltnes Werk, welches unter dem Titel: *Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum*, zu Franecker 1733 in klein Quart herausgekommenen ist. Des **Heineccius** Arbeit in seinen *Opusculis postumis* Halae 1744. 4. ist zwar ein unvollendeter Versuch geblieben; er enthält aber doch in Absicht auf die Form und Ordnung des Edicts manche Berichtigungen seiner Vorgänger, und in den Anmerkungen unter dem Texte des Edicts sehr viel Gutes.

V) Die Fragmente der alten römischen Juristen, welche ausser unserm Corpore iuris civ. sind aufbehalten worden. Dahin gehören 1) CAII *Institutionum libri II.* 2) IVLII PAVLI *Sententiarum Receptarum libri V.* 3) *Tituli ex corpore* VLPIANI XXIX. 4) *Mosaicarum et Romanarum Legum collatio.* 5) MODESTINI *Regularum fragmentum unicum*; 6) *Fragmentum veteris ICti de iuris speciebus et manumissionibus.* 7) *Consultatio veteris ICti de pactis*; und 8) PAPIANI *responsorum*

torische Edict herzustellen, in Hugo Civilistischen Magazine 2. Bandes 3. Heft (Berlin 1796.) Nr. XIV. S. 288. ff.

sorum liber. Alle diese Ueberbleibsel hat **Anton Schulting** in Iurisprudentia veteri anteiustinianea. *Lugduni Batavor.* 1717. 4. und *cum praefatione* Ge. Henr. AYRERI *Lipsiae* 1737. gesammlet, auch mit seinen eignen sowohl, als anderer Rechtsgelehrten Anmerkungen vortreflich erläutert. Hierbey ist noch zu bemerken, daß auch *Ger.* MEERMANN die Fragmente des **Cajus**, **Paulus** und **Ulpians** mit seinen critischen Anmerkungen sowohl, als mit den Noten des **Peter Fabers** dem VII. Tomo seines *Thesauri iur. civ. et canon.* einverleibt hat. Diesen sind noch beyzufügen: *Ulpiani* Fragmenta libri singularis regularum et incerti auctoris collatio legum Mosaicarum et Romanarum cum notis *Io.* CANNEGIETERI. *Trajecti ad Rhen.* 1768. 4. und *Herm.* CANNEGIETERI Commentarius ad Fragmenta veteris iurisprudentiae, quae extant in collatione legum Mosaicarum et Rom. *Franequerae* 1765. 4. Endlich hat auch Herr Prof. **Hugo** sowohl des *Iulii Pauli* Sentent. receptas Berlin 1795. 8. als *Ulpiani* Fragmenta libri regularum. Göttingen 1788. 8. edirt.

VI) Die Ueberbleibsel von dem Gregorianischen und Hermogenianischen Codex. Beyde Sammlungen enthalten die Verordnungen der römischen Kaiser vor **Constantin** dem Großen, sie sind jedoch wahrscheinlich erst unter diesem Kaiser, und zwar die erstere vom **Gregorius**, welcher im Jahr Christi 336. *Praefectus Praetorio* gewesen, die andere aber von dem römischen Juristen **Hermogenian**, vielleicht als Supplement der erstern, verfertiget worden [97]). (Aut. §. 63.) Am vollstän-

97) S. *Christ. Frid.* POHL de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. historica. *Lipsiae* 1777.

digsten hat die *Fragmenta codicis Gregoriani et Hermogëniani* Anton Schulting in iurisprud. vet. anteiustin. pag. 683 — 718. edirt, und mit seinen Anmerkungen erläutert.

VII) Die Fragmente des Theodosianischen Codex. Sie enthalten blos die Verordnungen der christlichen Kaiser vom Constantin bis Theodosius II. in sechzehen Büchern. Die ganze Sammlung machte Theodosius im Jahr Christi 438. bekannt. (Auct. §. 64.) Nach Sichard, Tilius und Cujacius hat *Iac.* GOTHOFREDUS die Fragmente dieses Codex am besten und vollständigsten ediret, und sie mit einem vortreflichen Commentar versehen. Dieses unschätzbare Werk kam erst nach dem Tode des Gothofredus durch die Besorgung des Anton Marvilius zu Lyon 1665. heraus. Die neueste und beste Ausgabe ist jedoch diejenige, welche mit Joh. Daniel Ritters herrlichen Zusätzen in sechs Theilen in Folio zu Leipzig in den Jahren 1736 — 1745. erschienen ist. Endlich

VIII) Die Novellen der römischen Kaiser vor Justinian, die noch nach dem Theodosianischen Codex in den Jahren 439. bis 468. promulgirt worden sind. Joh. Daniel Ritter hat sie unter dem Titel: *Novellae Constitutiones Imperatorum Iustiniano anteriorum, Theodosii, Valentiniani, Martiani, Maioriani, Severi, Leonis et Anthemii*, dem 6ten Theile seiner Ausgabe des Theodosianischen Codex beygefügt, und mit einem treflichen Commentar begleitet. Die ganze Sammlung ist in fünf Bücher abgetheilt. Ausserdem haben Anton Zirardini, Faenza 1766. 8. und Joh.

Chri=

Christian Amaduzzi, Rom 1767. in Folio aus einer Ottobonianischen Handschrift annoch fünf Verordnungen der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. mit weitläuftigen und sehr gelehrten Erklärungen herausgegeben, welche vorher nirgends gedruckt waren [98]).

§. 49.

Heutiger Gebrauch derselben.

Alle diese bisher gedachten Reliquien des Antejustinianeischen römischen Rechts haben nun zwar heutiges Tages keinen gerichtlichen Gebrauch mehr, weil nur das justinianeische Recht in Teutschland recipirt ist, und überdies K. Justinian jene ältere Rechtsbücher cassirt, ja deren gerichtlichen Gebrauch verboten hat [99]). Allein deßwegen dürfen wir sie keinesweges verachten, noch die Bemühungen jener großen Rechtsgelehrten für vergeblich halten, die sich um die Wiederherstellung derselben verdient gemacht haben; weil sie zum gründlichen Studium des römischen Rechts in mehr als einer Rücksicht unentbehrlich sind. Denn einmahl lernt man aus jenen Fragmenten das alte

98) Das Werk des *Antonii* ZIRARDINI hat folgenden Titel: *Imperatorum Theodosii iunioris et Valentiniani III. Novellae Leges, caeteris anteiustinianeis, quae in Lipsiensi anni* 1745. *vel in anterioribus editionibus vulgatae sunt, addendae.* Faventiae 1766. gr. 8. Der Titel von dem Werk des AMADUTIUS aber ist dieser: *Leges Novellae V. anecdotae Impp. Theodosii iunioris et Valentiniani III. cum caeterarum etiam Novellarum editarum titulis* Romae 1767. fol.

99) S. *Constitut.* IUSTINIANI *de confirmat. Digestor. ad Senatum et omnes populos* §. 19.

alte römische Recht kennen, welches **Justinian** aufgehoben, und öfters nur mit kurzen Worten erwähnet hat; nun wird man sich keinen deutlichen und vollkommenen Begrif vom neuern römischen Rechte machen können, wenn man sich nicht erst vorher mit dem ältern Rechte gehörig bekannt gemacht hat. Ja man wird es öfters finden, daß **Justinian** durch Aufhebung des vor seinen Zeiten üblich gewesenen Rechts, welches durch die ältern röm. Kaiser eingeführt worden, zuweilen das weit ältere Recht, welches zur Zeit der freyen Republic gegolten, wieder hergestellet habe, wie solches aus dem Titel des Codex *de caducis tollendis* und mehrern anderen Materien zu erkennen ist. Sodann lassen sich die aus den Schriften der römischen Juristen zusammengetragene Pandecten des **Justinians** ohne jene ältere Quellen schlechterdings nicht verstehen, weil unzähliche Stellen in denselben sich auf jene ältern römischen Gesetze beziehen, und eine Erläuterung derselben enthalten. Ferner sind viele Gesetze sowohl in den Pandecten als im Codex verstümmelt, aus ihrem Zusammenhange gerissen, und durch die Compilatoren interpolirt und verändert worden, welche aus den obenerwähnten Ueberbleibseln des antejust. römischen Rechts ergänzt und wiederhergestellet werden können. Denn aus der Vergleichung derselben kann man ersehen, wie die Worte der Gesetze ursprünglich gelautet, und was darin der Kaiser nach dem Zustande seiner Zeiten ändern oder einschalten lassen; dergleichen Aenderungen in den Worten der Gesetze, wie bekannt, *Emblemata Triboniani* genennet werden. Auch viele durch fehlerhaftes Abschreiben und Abdrucken unserer Justinianeischen Gesetzbücher entstandene Verfälschungen der Gesetze lassen sich aus jenen alten Ueberbleibseln berichtigen, u. d. m. Man sieht also hieraus, wie

we-

wenig man die Kenntniß des alten römischen Rechts und das Studium der Quellen desselben entbehren kann, wenn man das Justinianeische Recht gründlich bearbeiten will, und wie vielen Dank man denjenigen unsterblichen Rechtsgelehrten schuldig ist, die sich um die Wiederherstellung, Sammlung und Erläuterung obiger Fragmente des Antejustinianeischen Rechts so rühmlich bemühet haben [100]).

§. 50.

b) Von dem Justinianeischen Rechte oder *Corpore iuris civilis*, dessen Begriff und Theilen überhaupt.

Den zweyten Haupttheil des römischen Rechts macht das Justinianeische Recht aus, welches die im Corpore iuris civilis enthaltene, und zur Zeit des Kaiser Justinians in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Rechte in sich begreift. Zu diesem Justinianeischen Rechte gehören also theils diejenigen Sammlungen der römischen Gesetze, welche auf Befehl des Kaisers **Justinian** von **Tribonian** und seinen Gehülfen sind verfertiget worden, nämlich die Institutionen, Pandecten, und der Codex; theils die denselben beygefügte eigene Verordnungen dieses Kaisers, als die Novellen und die sogenannten 13 Edicte des K. Justinians. Den Inbegriff dieser verschiedenen Sammlungen des Justinianei-

 schen

100) Man sehe hier vorzüglich nach ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VI. §. 262. und folg. und Walch in den Anmerkungen pag. 477—490. wo man von den oben gedachten *Fragmentis iuris anteiustinianei* eine sehr vollständige Nachricht finden wird.

schen Rechts nennt man CORPVS IVRIS CIVILIS; welcher Name weder vom Justinian noch von den sogenannten Glossatoren des römischen Rechts herrührt, sondern erst in neuern Zeiten entstanden ist, als man anfieng, die Justinianeischen Gesetzsammlungen zusammenzudrucken, die man anfangs nur einzeln und besonders zu ediren pflegte. Dionysius Gothofredus, der sich durch seine Ausgaben des römischen Rechtskörpers bekannt genug gemacht hat, soll den Namen *Corpus iuris civilis* zuerst gebraucht haben; er edirte unter dieser Aufschrift die Justinianeischen Gesetzsammlungen zu Lyon 1583. 4. [1]). Man pflegt die Sammlungen des Justinianeischen Rechts in libros *elementares*, *systematicos* und *suppletorios* einzutheilen, und rechnet zu der erstern Classe die Institutionen, zu der andern die Pandecten und den Codex, und zu der dritten die Novellen und Edicte des K. Justinians. Wir wollen jetzt von den einzelnen Theilen des Justinianeischen Rechts noch etwas ausführlicher handeln [2]).

§. 51.

Von den Institutionen des K. Justinians.

Unter den Haupttheilen des römischen Gesetzbuchs nehmen nun die Institutionen des K. Justinians den ersten

1) S. des Hrn. Canzlers KOCH Diss. de ordine Legum in Pandectis. *Gissae* 1784. *§.* 1. *Not. b.*

2) Hiervon handeln auch Joh. Hieron. Herrmann Historia corporis iuris Iustinianei, oder historische Nachricht von den Institutionen, Pandecten, Codex und Novellen. Jena 1731. 8. *Ad.* RICCIUS de librorum iuris romani quantitate et qualitate. *Regiomont.* 1657. 8. *Alb.* GENTILIS de libris iuris civ. *Hannoviae* 1605. 12. vorzüglich aber *Chr. Gottl.* HAUBOLD in Praecognitis iuris Rom. privati novissimi. Lipsiae 1796.

ersten Platz ein. Sie sind zwar erst nach den Pandecten verfertiget worden, aber sie wurden doch eher als die Pandecten, nämlich am 21. November des Jahrs 533. bekannt gemacht, ob sie gleich erst am 30. December zugleich mit den Pandecten die gesetzliche Bestätigung erhalten haben. (Autor §. 70.) Die Verfasser derselben sind **Tribonian**, und die beyden Rechtslehrer **Theophilus** und **Dorotheus**. Diesen befahl **Justinian**, die Hauptgrundsätze des ältern und neuern Röm. Rechts zum Unterricht für die Anfänger ins kurze zu ziehen: ut essent totius legitimae scientiae prima elementa. Sie sind nach dem Muster der Institutionen des Cajus in vier Bücher und jedes Buch in verschiedene Titel eingetheilt. Jeder Titel enthält eine besondere Rechtsmaterie, welche in der Ueberschrift desselben angezeigt wird, und ist wieder in gewisse Abschnitte abgetheilt, von denen der erste *Principium*, die folgenden aber Paragraphen heissen. Ihre Hauptquellen sind die Institutionen des Cajus, und die früher verfertigten Pandekten des K. **Justinians**, aus denen sie gröſstentheils excerpirt sind. Jedoch finden sich auch hin und wieder Abweichungen von den leztern, welche zuweilen mit Vorsatz gemacht worden sind, zuweilen aber nur einen Irrthum zum Grunde haben, wovon ich in der Folge (§. 80.) ein mehreres sagen werde. Ausserdem werden auch in den Institutionen Verordnungen älterer römischer Kaiser, als in dem Codex befindlich, angeführt, welche jedoch heutiges Tages in demselben nicht anzutreffen sind, z. B. §. 7. *I. de testam. ordin.* §. 27. *I. de legatis* u. a. m. [3]). Manche neue Verord-

3) Man vergleiche deshalb *Io. God.* SCHAUMBURG Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis iis speciatim, quae in Insti-

ordnungen vom *Justinian* selbst findet man auch hier, die man in den Gesetzbüchern dieses Kaisers nirgends weiter antrifft. Z. B. §. 7. — 9. *I. de fideicomm. hereditat.* und § 10. *I. de testam ordin.* Uebrigens verdient dieses kleine Werk sowohl wegen der darin herrschenden guten Ordnung, als wegen der darin enthaltenen vortreflichen Anleitung, die römische Rechtsgelahrtheit chronologisch d. i. nach den mancherley Abwechselungen, die sich in den einzelnen Rechtsmaterien zugetragen haben, zu studiren, eine vorzügliche Empfehlung. Die beste Leseart enthält die Ausgabe des *Iac.* CUJACIUS Paris 1585. 12. welche Joh. Bernh. Köhler zu Göttingen 1772. 8. wieder auflegen lassen. Sie ist auch in der Gebauerischen Ausgabe des Corporis iuris civ. aufs neue abgedruckt. Unter den Commentaren sind die vorzüglichsten 1) *Franc.* BALDUINI Commentarius. *Paris* 1554. fol. 2) *Franc.* HOTOMANNI Commentarius. *Lugduni* 1588. fol. 3) *Iac.* CUJACII Notae priores et posteriores. (*Oper.* Tom. I.) 4) *Franc.* BROEI Expositio in Institutiones *Paris* 1622. 4. 5) *Ant.* MATTHAEI Commentarius ad Institutiones. *Ultrajecti* 1672. 4. 6) *Iani a* COSTA Commentarius curante *Ioanne van de* WATER nach der neuesten Ausgabe des *Io. Conr.* RÜCKER Lugd. Batav. 1744. 4. 7) *Everardi* OTTONIS Commentarius et notae criticae ad Institut. libros IV. Ultrajecti 1729. und cum praefat. *Christoph. Frid.* HARPPRECHT. Francof. et Lipsiae 1743. 4. auch studio *Io. Rud.* ISELINI *Basiliae* 1760. 4. 8) *Arnold.* VINNII in IV. libros Institution. Commentarius

Institutionibus citantur, et in Codice repetitae praelect. omissae sunt. *Lemgoviae* 1735. 4.

tarius academicus et forenſis cum animadverſionibus *Io. Gottl.* HEINECCII. Lugd. Batav. 1767. 4. Wir haben auch Ueberſetzungen von den Inſtitutionen des Juſtinians beynahe in allen europäiſchen Sprachen. Uns intereſſiren hier nur folgende: I) Die griechiſche Paraphraſe des **Theophilus**, ehemaligen Rechtslehrers zu Conſtantinopel. Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß dieſer **Theophilus** eben derſelbe ſey, deſſen **Juſtinian** in dem Prooemium ſeiner Inſtitutionen mit ſo vielen Lobſprüchen gedacht hat [4]); und eben ſo glaublich, daß dieſe Paraphraſe aus den Dictaten des **Theophilus** über die Inſtitutionen des **Juſtinians** erwachſen ſey [5]); wenigſtens kann man ſich nun erklären, woher die mancherley Unrichtigkeiten entſtanden ſind, die man in dieſer Paraphraſe hin und wieder findet. Dieſe abgerechnet, bleibt die Paraphraſe des **Theophilus** immer ein ſehr gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des lateiniſchen Textes [6]). Die beſte Ausgabe iſt die, welche Wilh. Otto **Reitz** mit einer neuen lateiniſchen Ueberſetzung und den Anmerkungen, auch verſchiedenen

4) S. *Io. Henr.* MYLII Theophilus ſ. de graecarum iuris Inſtitutionum, earundemque auctoris hiſtoria, aetate, auctoritate, fatis, dotibus, naevis. lib. ſing. *Lipſiae* 1731. 4. Lugd. Batav. 1733. 8. und in der Reitziſchen Ausgabe des Theophilus T. II. pag. 1033. Desgleichen *Ioh. Gottfr.* SAMMET coniecturae de Theophili vita et Ερμηνεια Inſtitutionum Lipſiae, 1750. und in *Opuſc.* N. VIII. pag. 213. folgg.

5) Sehr gründlich hat dieſes Wilh. Otto Reitz in der Vorrede zu ſeiner Ausgabe der Paraphraſe §. 46. pag. 27. dargethan.

6) ECKHARD hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 294. u. folgg. auch WALCH ad Eundem.

nen Abhandlungen der elegantesten Civilisten und seinen eigenen zu Haag 1751. Tomis II. veranstaltet hat. II) Teutsche Uebersetzungen, besonders folgende: des K. Justinians vier Bücher der Institutionen nach dem angehängten Grundtext, übersetzt von zweyen Freunden der Rechtsgelehrsamkeit. (Christ. Fried. **Helwing**, und Joh. Alb. Herm. **Heldmann**) Lemgow 1765. 8. III) Französische. Les quatre livres des Instituts de l'Empereur Iustinien en latin et en francois. Traduits par le Sieur *Du* TEIL *a Lyon* 1681. Tomes II. 8.

§. 52.

Von den Pandecten des K. Justinians.

Den zweyten Haupttheil des röm. Gesetzbuchs machen die Pandecten aus. **Justinian** ließ sie von sechzehen der gelehrtesten Männer seiner Zeit [7]) und unter der Direction des **Tribonians**, seines Hofkanzlers, aus den besten Schriften der ältern röm. Rechtsgelehrten zusammentragen. Sie enthalten daher lauter Excerpte aus denselben, welche nach den Materien unter gewisse Bücher und Titel sind gebracht worden. Dieses Werk wurde im Monat December des Jahrs 533. bekannt gemacht, und durch zwey Edicte an den Senat und das Volk bestätiget [8]). Der Name der Sammlung ist bekanntlich *Digesta* sive *Pandectae*; Benennungen, welche schon längst vor Justinians Zeiten die alten römischen Juristen ihren Rechtssystemen beylegten. *Digesta* wer-

7) In der Constitut. Iustiniani *de confirmatione* **Digestorum** *ad Senatum* §. 9. findet man sie angeführt.

8) S. *Praefat* 2. und 3. *ad Digesta*.

werden sie von der Ordnung genennt, in welcher die Rechtsmaterien rangirt sind: *Pandectae* aber darum, weil sie ein vollständiger Inbegriff, oder Sammlung alles dessen seyn sollten, was in den Schriften der alten römischen Juristen brauchbares enthalten war, von παν (alles) und δέχεσθαι zusammen fassen. Nur viertzig Rechtsgelehrten wiederfuhr die Ehre, daß man sie bey der Compilation der Pandecten als Quellen benutzte, aus deren Schriften dieses Werk compiliret worden ist. Ihre Namen, mit welchen die Ueberschriften der einzelnen Stellen in den Pandecten bezeichnet sind, sind folgende: Aelius Gallus, Cäcilius Africanus, P. Alfenus Varus, P. Furius Anthianus, Aurelius Arcadius Charisius, T. Cajus, Callistratus, P. Juventius Celsus, Q. Cervidius Scävola, Claudius Saturninus, Florentinus, J. Gallus Aquila, Claudius Hermogenianus, Javolenus Priscus, Salvius Julianus, M. Antistius Labeo, Aemilius Macer, L. Volusius Mäcianus, Ulpius Marcellus, Aemilius Marcianus, Junius Mauricianus, Rutilius Maximus, Arrius Menander, Herennius Modestinus, Q. Mucius Scävola, Neratius Priscus, Aemilius Papinianus, Papirius Justus, Julius Paulus, S. Pomponius, Sempronius Proculus, Licinius Rufinus, Masurius Sabinus, Taruntenus Paternus, Terentius Clemens, Q. Septimius Florens Tertullianus, Claudius Tryphoninus, Aburnus Valens, Q. Venulejus Saturninus, und Domitius Ulpianus. Man findet in der Florentinischen Handschrift der Pandecten ein Verzeichniß dieser Rechtsgelehrten und ihrer Schriften vorgesetzt, welches aber sehr unvollständig, und überdies auf eine Art abgefaßt ist, die es sehr unglaublich macht, daß es eben dasjenige sey, welches auf Befehl

fehl des K. Justinians [9]) bey der Verfertigung der Pandecten vorgesetzt werden müssen [10]). Vollständiger sind die Verzeichnisse in des Abraham Wielings *Iurisprudentia restituta.* Daß man sich bey dem Excerpiren der alten Juristen manche Veränderungen in dem Sinne und den Worten derselben erlaubt habe, da wo nämlich die veränderte Rechtsverfassung solches nothwendig zu erfordern schien, und daß diese Veränderungen in den Excerpten *Emblemata Triboniani* genennt werden, ist schon oben erinnert worden. Es wäre auch wohl kaum zu bemerken nöthig, daß die Pandecten in lateinischer Sprache geschrieben worden sind, und daß wir sie noch heutiges Tages in ihrer Originalsprache haben, wenn nicht Johann Jensius, ein bekannter holländischer Jurist, den witzigen Einfall gehabt hätte, zu behaupten, daß die heutigen Pandecten des Kr. Justinians aus einer griechischen Uebersetzung wären verfertiget worden [11]). Allein daß Gräcismen in den Pandecten vorkommen, beweißt seine Meinung noch nicht, denn sonst könnte man vielleicht auch darthun, daß sie aus einer hebräischen Uebersetzung herrühren, weil sie auch Hebraismen enthalten sollen [12]). Ueberdem ist

9) *L. 3. §. 10. C. de Vet. iure enucleando.*

10) *Io. Aug.* KETTENBEIL Index Pandectarum florentinus barbariei e medio aevo ad nos transmissae *αποῤῥος.* Francohus. 1755. 4.

11) Ampliata demonstratio, Pandectas, nunc extantes, ex versione graeca esse trajectos, als Vorrede vor IENSII *stricturis ad Romani iuris Pandectas et Codicem. Lugd. Batav.* 1764. 4.

12) Vid. *Ge. Guil.* KIRCHMAIERI Diss. de veterum ICtorum hebraismis. in Desselben *Graeci defensione* a *Soloecismis* etc. p. 56. und *Christph.* WOLLE Epist. crit. de Hebraismis Ulpiani ICti *Lips.* 1739.

ist noch gar nicht ausgemacht, ob die vom Jensius angeführten Gräcismen nicht gar Fehler der Abschreiber sind, wie mir Bach [13]), der den Jensius sehr ausführlich widerlegt hat, ganz richtig zu erinnern scheint. Einige Stellen waren zwar allerdings ursprünglich griechisch, diejenigen nämlich, welche aus Modestins Büchern de excusationibus, und aus Papinian de officio aedilium municipalium genommen worden, die wir heutiges Tages in den meisten gemeinen Ausgaben der Pandecten, in einer eben nicht sonderlich gerathenen lateinischen Uebersetzung lesen; allein diese stammt von einem gewissen Burgundio her [14]), und es läßt sich also davon noch nicht auf das Ganze schliessen. Uebrigens ist das ganze Werk in sieben Theile und funfzig Bücher, jedes Buch in seine Titel, und jeder Titel wieder in einzelne Abschnitte, welche insgemein *Leges*, von andern aber richtiger *Capita* oder *Fragmenta*, genennt zu werden pflegen, abgetheilt. Die ersten vier Bücher der Pandecten, welche den ersten Theil derselben ausmachen, werden von Justinian Πρῶτα, der mittlere oder vierte Theil aber, welcher vom 20ten bis zum 27ten Buch geht, *media totius operis*, *μέσον ἐπὶ τῶ παντος*, auch *umbilicus Pandectarum* genennt [15]). Die alten Glossatoren haben noch überdies die Pan-

13) Unparth. Critic über jurist. Schriften 1. Band S. 163. ff. Man vergleiche überdem *Io.* CANNEGIETER ad Ulpiani fragmenta. p. 9. Praefat. Observation. iur. civ. *Hagae Comit.* 1743. 8. *Adr. van* DORP. Observat. *Traj. ad Rhen.* 1769. 8. Cap. IX. p. 87.

14) S. *Leop. Andr.* GUADAGNI ad graeca Pandectarum Dissertationes. *Pisis* 1786. 4.

15) Constitut. *de confirmat. Digestor. ad Senatum et omnes Populos.* §. 2. sqq. und *L.* 2. §. 5. *L.* 3. §. 4. *C. de V. I. E.*

Pandecten in drey Theile, in das *digestum vetus, infortiatum* und *novum* eingetheilt. Das *digestum vetus* geht bis auf den zweyten Titel des vier und zwanzigsten Buchs *de divortiis et repudiis*; das *infortiatum*, oder der mittlere Theil, erstreckt sich vom 3ten Titel des 24ten Buchs bis ans Ende des 38ten Buchs. Das *Novum* endlich geht vom 1ten Titel des 39ten Buchs *de novi operis nunciatione* bis ans Ende der Pandecten. Ueber die Erklärung dieser Benennungen ist man nicht einig, anstatt mich jedoch hierbey aufzuhalten, will ich die Worte des **Johann Corasius** hierher setzen, welcher an einem gewissen Orte seiner *Epistolicarum Quaestionum* [16]) ganz richtig sagt: istiusmodi disputationem cervicosis relinquendam, nec in talibus infrugiferis quaestionibus vel tantillum operae ponendum esse [17]). Um jedoch wieder auf die sogenannten Leges unserer Pandecten zu kommen, so finden sich in denselben nicht selten merkliche Widersprüche, wenn auch gleich **Justinian** diesen Vorwurf durchaus nicht gelten lassen will [18]). Man vergleiche nur *L.* 16. §. 3. und *L.* 22. §. 5. *D. de lib. causa* mit *L.* 17. *D. eodem* [19]); ferner *L.* 15. *D. de testib.*

16) *Lib. I. cap.* 22.

17) Neuerlich hat jedoch Hr. Hofrath **Heyne** in Prolus. Notatio corporis iuris glossati MS. Bibliothecae Georgiae Aug. in EJ. *Opuscul.* Vol. II. pag. 315. diese Benennungen aus der barbarischen Latinität des mittlern Zeitalters sehr gut erklärt.

18) Constitut. *de confirmat. Digestor.* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Pandectarum) positum nullum sibi locum vindicabit etc.

19) S. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. sing. Cap. V. §. 12.

testib. mit *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam. fac. poss.* [20]); desgleichen *L.* 68. §. 3. *D. de legat.* 1. mit *L.* 65. §. 2. *D. de legat.* 2. [21]); so wird man sich hiervon genugsam überzeugen können. Die natürliche Ursache dieser Antinomien ist, weil die Pandecten aus den Schriften sehr verschiedener Rechtsgelehrten sind compilirt worden, welche in ihren Grundsätzen und Rechtsmeinungen oft sehr von einander abgiengen; die Verfasser der Pandecten aber ihre Excerpte aus zu grosser Eilfertigkeit nicht sorgfältig genug mit einander verglichen haben. Wie man sich bey solchen Widersprüchen zu verhalten habe, werde ich in der Lehre von dem heutigen Gebrauche des Röm. Rechts §. 80. zeigen. Hier bemerke ich nur noch, daß man in den heutigen Ausgaben der Pandecten auch verschiedene Stellen findet, welche in den Handschriften der Glossatoren fehlten, und erst in neuern Zeiten von Jacob Cujacius, und Anton Contius aus den Basiliken des Kaisers Leo wieder hergestellet worden sind. Hierher gehören z. B. *L.* 7. §. 5. und *L.* 8 — 11. *de bonis damnatorum*; desgleichen *L.* 10 — 19. *D. de interdictis et relegatis* Dionysius Gothofredus hat diese Leges restitutas durch Cursiv Schrift zu unterscheiden gesucht, sie haben auch keine vollständige Inscription, sondern nur den Namen des Rechtsgelehrten. Sie gelten aber nicht in Praxi, weil sie nicht glossirt sind, wie ich an einem andern Orte dieses Commentars (§. 56) zeigen werde.

20) Meine Opuscula Fasc. I. pag. 143.

21) PÜTTMANN Interpretat. et Observat. cap. XXI. Vergeblich hat sich *Io. Conr.* RÜCKER Interpretat. Lib. II. c. 4. bemühet, diese Stellen mit einander zu vereinigen.

Ich komme nun auf die Ausgaben der Pandecten. Diese theilt man gewöhnlich ein in die Florentinische, Haloandrinische und Gemeine. Die Florentinische nennt man diejenige Ausgabe, welche von der vortreflichen Handschrift der Pandecten, die zu den Zeiten der alten Glossatoren in den Händen der Pisaner war, jetzt aber zu Florenz als eine Seltenheit aufbewahret wird [22]), abgedruckt, und durch Franz Taurellius zu Florenz im Jahr 1553. in Folio ist ediret worden. Die Haloandrinische Ausgabe hat ihren Namen von Gregorius Haloander, der die Pandecten auf Kosten des Nürnberger Stadtmagistrats im Jahr 1529. zu Nürnberg in Quart herausgegeben hat. Sie wird deshalb auch editio *Norica* genennt. Unter der *vulgata* endlich begreift man alle diejenigen Ausgaben der Pandecten, welche theils von solchen Handschriften sind abgedruckt worden, deren sich die alten Glossatoren bedient haben, theils eine Leseart enthalten, worin die meisten Handschriften und Ausgaben der Pandecten mit einander übereinstimmen [23]). Daß jedoch diese Eintheilung unrichtig sey, indem es weit mehrere, auch gemischte

22) Von der Florentinischen Handschrift der Pandecten sehe man *Henr.* BRENCMANNI historiam Pandectarum seu fatum exemplaris florentini. *Traj. ad Rhen.* 1722. 4. *Leop. Andr.* GUADAGNI de Florentino Codice, omnium, quae extant, Pandectarum exemplorum parente, Disquisitio, ex edit. WALCHII. *Ienae* 1755. 8. ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. c. 2. §. 68. seqq. und WALCH ad Eundem.

23) D. Meurers iuristische Beobachtungen. 1. Sammlung N. VII. S. 191. und folg. *Io. Conr.* RÜCKER in Praefact. EIUS *Interpretat et Observat. praemissa* pag. 3. und PÜTTMANNI Miscellaneor. iur. cap. 22.

mischte Ausgaben giebt, die aus der Vergleichung der Florentinischen, Haloandrinischen und gemeinen Leseart entstanden sind, wie z. B. die Ausgabe des *Ludovici* MIRAEI Paris 1552. und 1553., haben auch schon andere bemerkt [24]). Besser werden sie in gemeine und critische Ausgaben eingetheilt [25]). Die vorzüglichsten Ausgaben habe ich bereits oben angeführt (S. 242. Note 56.) Da die Gothofredischen Ausgaben vom Corpore iuris civilis die gewöhnlichsten sind, die auch am öftersten in- und ausserhalb Teutschland in allen Formaten, Folio, Quart und Octav sind nachgedruckt worden, mithin in den Händen der meisten Rechtsgelehrten sich befinden, so ist es nöthig, von diesen Ausgaben der Pandecten verschiedenes zu bemerken. Der Text ist ziemlich fehlerhaft abgedruckt. Hauptsächlich richtete sich zwar **Gothofredus** nach dem florentinischen Text, allein unläugbar ist es, daß er denselben nicht rein geliefert habe, sondern bald der Vulgate, bald der Haloandrinischen Leseart gefolgt sey. Der unverzeihlichste Fehler des **Gothofreds** ist jedoch dieser, daß er das, was **Taurell** und die folgenden Editoren mit verschiedenen Zeichen bemerkt haben, meist ohne allen Unterschied in Haken eingeschlossen hat; so daß man aus seinen Ausgaben nicht sehen kann, warum etwas auf eine gewisse Weise bezeichnet worden, sondern deswegen immer die Taurellische Ausgabe zu Hülfe nehmen muß [26]).

 Man

24) S. BRUNQUELL Histor. Iuris. P. II. cap. V.

25) S. *Aug. Corn.* STOCKMANN ad BACHII histor. iurisprud. Rom. pag. 573. Not. *)

26) Es ist der Mühe werth, hier etwas weniges von den Zeichen des Taurellius und der übrigen Editoren, deren sie sich in ihren Ausgaben der Pandecten bedienet haben, zu bemerken. Tau-

Man darf daher nicht glauben, daß irgend ein Wort deswegen verdächtig sey, weil es in einer Gothofredischen Ausgabe

Taurell hat deren fünf. Das erste * * bedeutet, daß die damit bezeichneten Worte nicht im Text der Florentinischen Handschrift gestanden, sondern demselben hernach durch einen alten Abschreiber beygefügt worden sind. Daß andere ▶ gebraucht Taurell, wenn ihm etwas überflüssig im Text zu seyn geschienen; das dritte ( ) zeigt an, daß etwas in der Florentinischen Handschrift nicht stehe, sondern vom Taurell, um einen vollkommenen Verstand herauszubringen, inseriret worden; das vierte *) deutet Worte und Stellen an, die ihm verdächtig oder von der römischen Schreibart abzuweichen gedeucht haben; das fünfte endlich † drückt zwey verschiedene Lesearten aus, davon Taurell die erstere in den Text gebracht, die andere aber mit jenem Zeichen am Rande angemerkt hat. In der Präfation seiner Ausgabe hat Taurell alle diese Charactere selbst erklärt. Russard bedient sich noch eines andern Zeichens, || ||, und will damit anzeigen, daß dasjenige, was er in dieses Zeichen eingeschlossen, entweder in den florentinischen Pandecten oder in andern Handschriften und Ausgaben der Pandecten z. B. der Haloandrinischen fehle. Dionysius Gothofredus bedient sich nicht nur des Russardinischen Zeichens, sondern auch noch anderer, als () [] * † ohne daß man aus seinen Ausgaben sehen kann, warum er etwas auf solche Art notiret hat, daher durch diese Zeichen viele Verwirrung im Text ist angerichtet worden. Man sehe Christ. Ulr. Grupens Abhandlung, wie die Pandecten von den verworrenen notis characteristicis Editorum, und insonderheit von der mendacissima nota RUSSARDI und *Dionys.* GOTHOFREDI || || zu säubern, und zum Theil zu rectificiren; in Desselben *Observat. Rer. et Antiquitat. Germ. et Rom.* Obs. XV. und Phil. Fried. Weis Programm: Etwas über die im Text der Pandecten vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardische Note. Marburg 1793.

gabe in Haken oder halbe Zirkel eingeschlossen angetroffen wird. Die beste und auch wohl dem Drucke nach die schönste und prächtigste Ausgabe unter den Gothofredischen ist ohnstreitig diejenige, welche **Simon van Leeuwen** 1663. zu Amsterdam veranstaltet hat. Sie enthält den Gothofredischen Text, nur hier und da verbessert, daß aber die Pandecten ganz nach der florentinischen Handschrift hier wären geliefert worden, wie der Herausgeber versprochen, ist eine Unwahrheit. Mit Verwechselung der Zeichen sind auch in dieser Ausgabe eben die Fehler begangen worden, die wir oben an Gothofred gerügt haben. **Simon van Leeuwen** liefert ausser den Gothofredischen Anmerkungen noch viele andere von Augustin, Govean, Faconius, Bellonius, Contius, Rävard, Robert, Alciat, Hotmann, Charondas, Cujaz, Leoninus, Salmasius und Grotius. Diesen fügte er auch noch seine eigene Bemerkungen hie und da bey, welche jedoch meist abgeschmackt und wie **Henr. Brenkmann** [27]) richtig von denselben geurtheilt, einer so schönen Ausgabe ganz unwürdig sind. Uebrigens ist diese Leeuwensche Ausgabe zwar richtiger als die übrigen Gothofredischen, hat aber doch auch manche grobe Druckfehler [28]). Unter den Gothofredischen Ausgaben mit Noten ist die Frankfurter

27) Hist. Pandect. Lib. III. c. 5. p. 298.

28) S. Joh. Conr. Rücker über einige Ausgaben des Corporis iuris civ. in des H. Prof. Siebenkees neuen jurist. Magazin 1. B. Anspach 1784. N. VI. S. 194—201. KOCH Diss. de ordine legum in Pandectis, pag. 3—6. und *de* SENCKENBERG Meditat. iurid. (*Wezlar* 1789.) Mantissa VI. pag. 176.

1663. Fol. und unter denen ohne Noten sind die Amsterdammer von den Jahren 1664. und 1700. die besten.

Soviel hiernächst die Commentare über die Pandecten des Justinians anbetrift, so sind unter denen, welche die einzelnen Gesetze eines jeden Titels erläutern, besonders zu empfehlen: *Ant.* FABRI Rationalia in Pandectas. Tomi VI. *Lugduni* 1659—1663. F. Dieser Commentar erstreckt sich jedoch nur auf die erstern neunzehen Bücher der Pandecten. Es werden darin die Gesetze nicht nur grammatisch erläutert, sondern auch nachher bey der Erklärung eines jeden Gesetzes rationes dubitandi et decidendi angeführt. Ein Fehler ist es jedoch, daß Faber nicht selten Gloßeme und Tribonianismen zu finden meint, wo dergleichen wirklich nicht vorhanden sind. Des Johann Brunnemanns Commentarius ad Pandectas *Frsti* 1674. Fol. und *Colon.* 1752. f. geht zwar über alle 50 Bücher der Pandecten, bedeutet aber nicht viel. Besser sind des *Ant.* MORNACII Obſervationes in XXIV. priores libros Digeſtorum *Pariſ.* 1654. F. und EIUSDEM poſteriorum XXVI. librorum D. Synopſis *Ib.* 1660. F. Des POTHIER Pandectae Iuſtinianeae in novum ordinem digeſtae *Lugduni* 1782. Tomi III. F. enthalten nicht sowohl einen Commentar, als eine systematische Darstellung der Gesetze eines jeden Titels der Pandecten; doch sind auch viel einzelne Stellen in den beygefügten Noten erläutert. Unter denen, welche bloß die Lehren und Materien eines jeden Titels in den Pandecten erläutern, ohne sich an die Ordnung der einzelnen Gesetze zu binden, empfehle ich *Ger.* NOODT Commentar. ad Digeſta (in *Operib.* Tom. II. *Lugd. Bat.* 1735. F.) Er erstreckt sich aber nur über die erstern 27 Bücher der Pandecten.

Voll-

Vollständiger ist des *Io.* VOETII Commentarius ad Pandectas. Hagae Comit. 1734. F. und Coloniae 1769. Tomi II. Fol. Die erstern vier Bücher erläutern BARO *in Operib.* Tom. I. BACHOVIUS in Protis, und *Ant.* SCHULTING in Enarratione partis primae Digestorum. Ueber die erstern beyden Bücher hat BALDUINUS Notas geschrieben, welche in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* pag. 774—843. anzutreffen sind. Einzelne Titel der Pandecten haben ALCIATUS, BUDAEUS, DUARENUS, MUDAEUS, HOTOMANNUS, DONELLUS, *Ianus a* COSTA und andere mehr erläutert, welche hier anzuführen, zu weitläuftig ist [29]. Mehrere Rechtsgelehrten haben auch die Fragmente einzelner röm. Juristen aus den Pandecten gesammelt und erläutert, von denen ich folgende bemerken muß. 1) CUJACIUS ad *Africani* quaestiones, ad *Papipianum*, ad *Pauli* Quaestiones, *Modestini* libr. Differentiar. *Iuliani* Digesta, libros VI. ex Minicio, et IV. ad Urseium Ferocem, ad *Pauli*, *Neratii*, *Marcelli*, *Ulpiani*, *Modestini*, *Scaevolae* responsa. 2) *Gregorii* MAIANSII Commentarii ad triginta ICtorum fragmenta *Genev.* 1764. 4. 3) *Franc.* BALDUINI Commentar de Iurisprudentia Muciana *Basiliae* 1557. 8. und in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* pag. 434. seq. 4) *Ant. Dadin.* ALTESERRAE Recitationes ad *Tryphoninum. Tolosae* 1679. und 1684 4. 5) MERILLIUS ad *Pauli* Manual. *in Operib.* Derselbe ad *Callistrati* quaestion. *in Thesauro Otton. Tom. III.* 6) LECTIUS ad *Macrum* de publicis iudiciis et *Modestinum* de poenis. Ebendaselbst Tom. I. 7) *Ant.* AUGUSTINUS ad *Modestinum* de excusationibus, mit desselben

29) S. HAUBOLD Praecognita iuris Rom. pag. 60. seq.

selben *Emendationibus Basiliae* 1544. F. und im *Thes. Otton.* T. 4. 8) *Ios. Fernand. de* RETES ad *Cervidii Scaevolae* Quaestiones in *Thes. Meermann.* T. 6. 9) *Io.* ALTAMIRANUS ad priores XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidii Scaevolae. (in *Thes. Meermann.* T. II. pag. 369. seqq.) 10) *Ios.* FINESTRES *et* DE MONSALVO in *Hermogeniani* ICti iuris Epitomarum libros VI. Commentarius. Tomi II. *Cervariae Lacetanor.* 1757. 4. 11) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER in S. *Pomponii* ad Sabinum de re testamentaria et de bonor. possessionibus libros VI. Commentarius. Lemgoviae 1750. 4. Ebendesselben Ius Pegasianum *Ibidem* 1741. 4. 12) *Io.* SCHILTERI Herennius Modestinus *Argent.* 1687. 4. 13) *Henr.* BRENCKMANN in *Herennii Modestini* librum singularem περὶ εὑρηματικῶν Commentarius. *Lugduni Batavor.* 1706. 8. 14) *Io. Flor.* RIVINI Exerc. ad *Modestini* casus enucleatos. *Lipsiae* 1727. 4. 15) *Franc. Car.* CONRADI ad *Paulum* de iure singulari. *Lipsiae* 1727. 4. 16) GRONOVIUS ad *Marciani* libr. regular. (in FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. 2.) 17) *van* NISPEN ad Fragmenta, quae in Digestis ex *Modestini* IX. libris Differentiarum supersunt, in *Ger.* OELRICHS *Thes. Diss. Bellgicar.* Vol. 1. T. 1. N. 1. 18) *Herm.* OOSTERDYK Disp. ad Fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconsulis supersunt. *Traj. ad Rhen.* 1755. in OELRICHS *Thes. novo Diss. Belgicar.* Vol. I. T. II. N. VII. 19) *Ans. Frid.* PISTORII Diss. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digestorum supersunt; praes. *Car. Christ.* HOFACKER defensa *Tubingae* 1775. und 20) *Aug. Corn.* STOCKMANNI Diss. *Papirii Iusti* Fragmenta illustr. *Lips.* 1792.

Die

Die Verordnungen der röm. Kaiser, deren in den Pandecten Erwähnung geschiehet, sind auch von verschiedenen erläutert worden. Dahin gehören vorzüglich folgende: 1) *Io. Chr.* FRANCKII Comm. ad iurisprudentiam *Tiberii Claudii* Imp. *Vitemb.* 1770. 2) *Thom. Io.* PIGEAUD Diss. de *Vespasiano* Imp. eiusque iurisprudentia. *Lugd. Batav.* 1762. 4. 3) *Andr. Guil.* CRAMERI D. *Vespasianus* s. de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani. *Ienae* 1785. 8. 4) *Corn.* Groening a ZOELEN oder vielmehr *Io. Henr.* IUNGII Diss. de Tito Imp. eiusque iurisprudentia. *Traj. ad Rhen.* 1761. 4. und 5) *Io. Aug.* BACHII D. *Trajanus* s. de legibus Trajani Imp. Commentarius. *Lipsiae* 1747. 8.

Endlich zum critischen Gebrauch dienen

1) *Sieg. Reich.* IAUCHII meditationes criticae de negationibus Pandectis Florentinis partim recte vel male iam adiectis aut detractis, partim etiamnum adiiciendis aut tollendis aut transferendis. *Amsteldami* 1728. 8.

2) *Io. Gott.* SAMMET receptarum lectionum ad Iauchium liber singularis. *Lipsiae* 1750.

3) *Iac.* LABITTI Index Pandectarum *Paris* 1537. und cum praefat. *Nic. Hieron.* GUNDLINGII *Frfti et Lipsiae* 1724. 8.

4) *Abr.* WIELINGII iurisprudentia restituta, siue Index chronologicus in totum Iuris Iustinianei corpus. *Amstelaedami.* 1727. 8. enthält ein Verzeichniß von den sämmtlichen aus eines jeden römischen Rechtsgelehrten Schriften hergenommenen, in den Pandecten aber hin und wieder zerstreueten Stellen.

5) *Henr.*

5) *Henr.* BRENCKMANNI Pandectae iuris civilis auctoribus ſuis et libris reſtitutae. *Amſtelaedami* 1769. enthält nur die Fragmente des Alfenus Varus. Vollſtändiger iſt

6) *C. F.* HOMMELII Palingeneſia librorum iuris veterum ſ. Pandectarum loca integra ad modum Wielingii oculis expoſita. *Lipſiae* 1767. et 1768. Tomi III.

§. 53.

Vom Codex repetitae praelectionis.

Auf die Pandecten folgt der *Codex repetitae praelectionis* des K. Juſtinians. Dieſer Juſtinianeiſche Codex (Aut. §. 68.) iſt nur eine neue verbeſſerte und vermehrte Ausgabe eines vorhergegangenen, aber nicht auf unſere Zeiten gekommenen, ältern Codex, wie auch ſchon der Titel zu erkennen giebt. Denn die Alten, deren Beyſpiel Juſtinian hier gefolgt iſt, pflegten die zweyten und verbeſſerten Ausgaben ihrer Schriften *libros repetitae praelectionis* zu nennen. Dieſer neue Codex enthält nicht nur die Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian von Hadrian an, welche aus dem Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex, wie auch aus den nachher noch promulgirten Novellen ſind excerpiret worden, ſondern auch des Kr. Juſtinians eigene Verordnungen, unter welchen die ſogenannten funfzig Deciſionen dieſes Kaiſers die merkwürdigſten ſind. Man verſteht unter den leztern diejenigen Verordnungen des K. Juſtinians, wodurch gewiſſe unter den alten römiſchen Rechtsgelehrten ſtrei-

streitig gewesene Rechtsfragen sind entschieden worden [30]. Abraham Wieling [31] hat sie mit Verbindung derer, welche ihres verschiedenen Inhalts wegen von den Verfassern des Codex sind getrennt und unter verschiedene Titel gebracht worden, chronologisch aufgezählt. Es wurde dieser neue Codex im Jahr 534. bekannt gemacht, ist also jünger, als die Institutionen, und Pandecten, und derogirt beyden [32]. Er ist in zwölf Bücher eingetheilt, wovon jedes wieder gewisse Titel hat. Jeder Titel hat seine Aufschrift, die allemahl eine gewisse Rechtsmaterie anzeigt, unter welcher alsdenn die zu derselben gehörigen Kaiserlichen Verordnungen, welche *Leges Codicis* genennt werden, chronologisch geordnet sind. Diese Leges Codicis enthalten jedoch die Verordnungen der röm. Kaiser nie ganz, sondern nur Auszüge aus denselben, die oft sehr dunkel und verstümmelt sind, daher uns bey Erklärung derselben die Fragmente der oben gedachten ältern Codicum trefliche Dienste leisten [33]. Sie haben ferner meist eine Inscription und Subscription. Leztere zeigt das Datum oder den Ort und die Zeit der Promulgation an, erstere aber den Namen des Kaisers oder

30) Es gab nämlich, wie bekannt, unter den alten röm. Juristen verschiedene Secten, unter denen die Sabinianer und Proculianer die berühmtesten waren. S. *Gotfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civ. *Lipsiae* 1728. 8.

31) Iurisprud. Restituta. pag. 144 — 146.

32) Höpfner im Commentar. §. 16.

33) B. H. REINOLDI Exerc. de necessitate adeundi ad fontes, si quis in lectione Codicis repetitae praelectionis feliciter versari velit. *in Opusc.* pag. 611.

oder derjenigen Kaiser, von denen die Verordnung ist bekannt gemacht worden, auch diejenige Person, an welche die Constitution gerichtet ist, welche bey den Edicten und Decisionen eine Magistratsperson ist. Beyde, die In- und Subscription haben zur Erklärung und Bestimmung der Chronologie großen Nutzen [34]). Von den ächten Legibus Codicis müssen unterschieden werden,

I) die *leges restitutae Codicis.* Nicht wenig Constitutionen waren nämlich theils durch die Nachlässigkeit und Unwissenheit der Abschreiber, welche kein griechisch verstanden, theils durch Verwüstung der Zeit verlohren gegangen, welche in neuern Zeiten verschiedene Gelehrte, nämlich **Augustinus, Cujacius, Charondas** und **Contius,** zum Theil aus den Basiliken, **Photii** Nomocanon, und anderen Ueberbleibseln des römisch-griechischen Rechts wiederhergestellet, und dem Codex einverleibt haben. Dahin gehören z. B. *L.* 35. 38. 39. 41 — 47. *C. de Episc. et Cleric. L.* 24. *C. mandati. L. fin. C. de sponsal. L.* 2. *C. de privato carcere. L.* 4. *de in ius voc. L. penult. de aedific. privat.* Diese haben in den Gerichten keine Auctorität, weil sie nicht glossirt sind [35]). Man erkennt sie daran, daß sie größtentheils keine Inscription und Subscription haben.

II) die

34) REINOLDI Orat. de Inscriptionibus Legum Digestor. et Codicis cum notis *Abr.* WIELINGI §. XIII. in *Opusc.*pag. 580.

35) LAUTERBACH in Prolegom. Collegii th. pr. Pandectar. §. IV. n. 7. RICHTER Decision. P. I. Decis. 37. n. 48. *Alb.* GENTILIS de libris iur. civ. cap. 5. *Io. Frid.* KLETT de iuris Iustinianei placitis, quae vim legis non habent. *Erlangae* 1748. §. 13. ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. VII. §. 282. not. *. pag. 517.

II) die so genannten *Avthenticae* (Autor. §. 72.) worunter man kurze Auszüge aus den Novellen des K. Justinians sowohl, als auch aus gewissen Verordnungen der Kaiser Friedrichs des I. und II. versteht, wodurch verschiedene Gesetze des Codex theils abgeändert theils vermehrt worden, und welche diesen Gesetzen am gehörigen Orte beygefügt worden sind. Man theilt sie daher in die Justinianeischen und Friedericianischen ein. Ihre Verfasser sind die Bononiensischen Rechtsgelehrten, und so wie von denselben die Friedericianischen Avthentiken auf Befehl K. Friedrichs II. dem Codex sind inserirt worden [36]), so hat schon vorher Irnerius, ein Rechtsgelehrter des zwölften Jahrhunderts, die Justinianeischen aus der alten lateinischen Novellen-Sammlung (Corpore Avthenticarum) excerpirt, und dem Justinianeischen Codex in der Absicht beygetragen, um daraus zu ersehen, in wieweit das ius Codicis durch die Novellen des K. Justinians sey abgeändert worden [37]). Sie sind mit Cursiv-Schrift gedruckt,

36) ODOFREDUS in *Avth. Cassa C. de SS. Eccl.*

37) Der gelehrte Camaldulenser Abt *Maurus* SARTIUS hat dieses in dem splendiden Werk de claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a Saeculo XI. usque ad Saec. XIV. *Bononiae* 1769. f. *vita* IRNERII §. VIII. und folgg. gegen Strauch und Bynkershök aus unwiederleglichen Gründen dargethan. S. *Car. Frid.* ZEPERNICK *Biga libellorum Avthenticas Codicis rep. prael. earumque historiam illustrantium.* Halae 1788. 8. N. II. pag. 114. seqq. Daß schon vor Irnerius dergleichen Avthendiken beym Codex befindlich gewesen, und Gregor der Grosse, welcher nicht lange nach Justinian gelebt, solche in seinen Briefen angeführt habe, ist unerweislich, und der vorhin gedachte Maurus Sarti a. a. O. §. XII. hat gezeigt, daß die Stelle in Gratians Decret

gedruckt, und zeigen in der Ueberschrift den Namen Friedrich, oder die Novelle an, woraus sie extrahiret worden sind. Ihre heutige Gültigkeit haben sie durch die Reception erhalten, und werden in Praxi zum Theil sogar den Novellen selbst vorgezogen [38]). Da indessen doch immer die

Decret *c.* 38 *C. XI. qu.* 1. verfälscht sey, und daß die ältesten Handschriften von Gregors Briefen in der angeführten Stelle des Codex keine Erwähnung thun, sondern statt der Worte: sciendum est, quod superius in eadem constitutione lib. Cod. I. legitur etc. vielmehr lesen: *quia superius in eadem constitutione LI. cap.* (i. e. quinquagesimo primo capitulo sive *paragrapho*, wie es HUGUCCIO *Pisanus* in seiner *Summa Decretorum* ad ea verba erklärt) und wird also unter der von Gregor angezogenen Constitution keine andere als *Nov. CXXIII.* und deren 51te §. nach der Abtheilung der damaligen Handschriften verstanden. Die alten Glossatoren, Azo, Odofredus und Accursius schreiben alle dem Irnerius die im Codex heutiges Tages befindlichen Avthendiken zu. Lezterer hat sich besonders in seiner Glosse *ad Avth. sed novo iure C. de Serv. Fugit.* sehr deutlich ausgedrückt, wenn er sagt: Haec verba non sunt in corpore Avthenticarum (i. e. *Novellarum*), sed sunt verba IRNERII, *qui extraxit omnes Avthenticas signatas super leges Codicis.* Odofredus ad Avth. *Sed novo iure* Cod. *si certum petatur* rühmt an diesen Avthendiken des Irnerius vorzüglich ihre Kürze und Deutlichkeit, und tadelt die Weitschweifigkeit des Azo und Hugolinus, welche nach dem Irnerius neue dergleichen Auszüge aus den Novellen verfertiget haben; man sehe den Odofredus ad Avth. *nisi rogati C. ad SCtum Trebell.* Da nun die in unserm Codex befindlichen Avthendiken das Gepräge der Kürze haben, so macht dieses die Sache noch gewisser, daß Irnerius deren Verfasser sey.

38) S. STRAUCH Irnerius non errans Cap. II. Th. 7. BERLICH P. II. Decis. 257. n. 44. *de* CRAMER Observat iur. univ. T. IV. Obs.

die Vermuthung für die Gültigkeit der Novelle selbst streitet, und nicht zu glauben ist, daß der Kaiser und die teutschen Reichsstände den falschen Auszügen ein grösseres Ansehen hätte beylegen wollen, als den Novellen selbst, und überdem ein offenbarer Irrthum kein Recht bewirken kann, (*L.* 39. *D. de LL.*) so verdient wohl die Meinung derjenigen mehr Beyfall, welche jenem Gerichtsgebrauche widersprechen, und die Authentiken des Irnerius nur in soweit gelten lassen, als sie mit den Novellen übereinstimmen [39].

Wir wollen nun noch zum Beschluß von den vorzüglichsten Ausgaben und Commentaren des Codex handeln. Unter den Ausgaben verdient zuerst diejenige gerühmt

Obs. 1043. p. 96. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. V. cor. I. SILBERRAD ad *Heineccii* histor. iuris civ. Lib. I. Cap. VI. §. 419. pag. 610. *Io. Iac.* SCHERZ Diss. de Avthenticarum auctoribus et auctoritate *Argent.* 1733. Cap. II. in C. F. ZEPERNICK angeführter *Biga libellorum* p. 31. seqq. und Herr Dir. Zepernick selbst in seiner vortreflichen Abhandlung: Quibus ex caussis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant, Coniecturae, bey BECK *de Novellis Leonis* pag. 541. Auch Herr Hofgerichtsass. Haubold in Praecognitis iur. Rom. priv. noviss. §. 16. nr. II.

39) BRUNQUELL histor. iur. P. II. c. 10. §. 14. de COCCEJI ius civ. controv. in Proleg. Qu. 3. et EMMINGHAUS ad Eundem T. I. pag. 8. not. t. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Proleg. Cap. I. §. 7. Webers Reflexionen vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts S. 45. NETTELBLADT system. element. iurisprud. positivae Germ. §. 179. pag. 100. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 49. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Obs. 7.

rühmt zu werden, welche Anton Contius zu Paris 1562. in Folio veranstaltet hat. Er hat nicht nur aus 26 Handschriften, welche er durch den Cujacius und Merillius aus französischen Bibliotheken erhalten hatte, den Text verbessert, sondern denselben auch mit 150 griechischen Constitutionen vermehrt. Diese Ausgabe ist hernach noch verbesserter in dem Contiussischen Corpore iuris civ., welches zu Lyon 1581. in 12. herauskam, aufgelegt worden. Noch besser und vollständiger ist jedoch die Ausgabe des L. Charondas, Antwerpen 1575. Fol. Er hat sich nicht nur hierbey der vortreflichen Handschriften des *Stephani* AUREDANI bedient, sondern den Text auch mit vielen in der vorhergehenden Ausgabe fehlenden griechischen und lateinischen Constitutionen vermehrt [40].

Die Commentare betreffend, so haben a) über den ganzen Codex commentirt *Iac.* CUJACIUS in IX. libros Codicis (*Oper.* T. 8.) iunct. Commentariis in III. postremos libros Cod. (*ib.* T. 2.) *Cypr.* REGNERUS *ab* OOSTERGA Comm. in omnes et singulas leges, quae continentur in Codice. *Traj. ad Rhen.* 1666. 4 und *Io.* BRUNNEMANNUS in *Commentar. ad Codicem,* cura *Sam.* STRYCKII. *Lipsiae* 1708. und am neuesten *Genevae* 1771. F. Des *Ant.* PEREZ Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustinianei, am neuesten *Venetiis* 1738. enthalten keine Erläuterung der einzelnen Gesetze. b) Ueber einzelne Bücher haben commentirt SICHARDUS Frankfurt 1614. F. DONELLUS Comm. ad II. III. IV. VI. et VIII. libros Codi-

40) *I. B.* REINOLD in Opusc. iuridicis pag. 410. §. XI. sagt daher mit Recht: *Inter editiones Codicis, illius, quam* Charondas *curavit, prima ratio esto.*

Codicis. Frfti 1599. F. *Hubert.* GIPHANIUS in Explanatione difficiliorum et celebriorum legum Codicis. *Coloniae* 1614. 4.) (geht nur über die erstern 8 Bücher). MORNACIUS Obſervat. ad IV. libros (*in Operib.*) Ueber die drey letzten Bücher *Franc. de* AMAYA in tres poſteriores libros Codicis Imp. Iuſtiniani Commentarii *Lugduni* 1639. Fol. Tomi III. Ueber Verordnungen einzelner Kaiſer im Codex haben geſchrieben *Renat.* BOTTEREAU in *Hadriano* Legislatore. *Pictavii* 1661. (HOFFMANN *Hiſt. iuris* T. II. pag. 129 — 207) *Io. Ortwin.* WESTENBERG in *Divo Marco* ſ. Diſſertat. ad Conſtitutiones M. Aurelii Antonini Imp. (*in Operib. a* IUNGIO *editis Hanov- et Bremae* 1758. 4. Tom. III.) *Alex.* CHASSANEUS in Conſtitut. *Alexandri Severi Paris* 1635. 4. *Franc.* BALDUINUS in *Conſtantino* M. Ebenderſelbe in *Iuſtiniano* (*Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I.) *Io. Maur. Guil.* BAUMANNUS in divo *Gordiano* Exerc. I. *Lipſiae* 1792. 4. Exerc. II. *Ib.* 1793. und *Io. Conr.* SICKEL in *Diocletiano* et *Maximiano* Exerc. I. et II. *Lipſiae.* 1792. et 93. 4. Ueber die funfzig Deciſionen des K. Juſtinians ſind zu bemerken *Em.* MERILLII Expoſitio L. Deciſion. Iuſtiniani *Pariſ.* 1618. et *in Operib.* (*Neapoli* 1720. 4.) T. II. *Pet. Franc.* LINGLOIS Quinquaginta Deciſiones Imp. Iuſtiniani *Antwerpiae* 1622. Fol. und *Io.* STRAUCH Exercitat. VI. ad L. Deciſiones Iuſtiniani Imp. *Gieſſae* 1676. 4. Auch gehört *Fr.* RAGUELLUS ad Conſtitutiones et deciſiones Iuſtiniani *Paris* 1610. 4. noch hierher. Endlich über die Authendiken: *Chriſtoph. Phil.* RICHTERI Expoſitio omnium Avthenticarum Codici Imp. Iuſtiniani inſertarum. Ienae 1661. 4. und *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Irnerius iniuria vapulans ſ. Com-

ment. ad Avthenticas. *Groen.* 1701. 4. Zum kritischen Gebrauch dienen *Petri* RELANDI Fasti Consulares ad illustrationem Codicis Iustinianei ac Theodosiani secundum rationes temporum digesti. *Trajecti Batavorum* 1715. 8.

§. 54.

Von den Novellen des Krs. Justinian.

Ich komme jetzt auf die, den bisher gedachten Gesetzsammlungen beygefügte, neuere Verordnungen des Kaisers **Justinian**, welche die Lücken jener Sammlungen ausfüllen, und ihre Fehler verbessern sollten. Zu diesen neuern Verordnungen des Krs **Justinian** gehören einmal die sogenannten *Avthenticae seu Novellae Constitutiones D. Iustiniani*; sodann die dreyzehen *Edicta* dieses Kaisers. Die Novellen (Autor §. 71.) sind nach der Verfertigung des neuen Codex in den Jahren 534. bis 559. bekannt gemacht worden [41]). Sie waren ursprünglich in griechischer Sprache abgefaßt, einige wenige ausgenommen [42]). Die Sammlung aber, die wir in unserm Corpus

41) S. Abraham Wielings *Indicem Chronolog. Novellar. Iustiniani* p. 167. Iurisprud. Restitutae.

42) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach* Diatr. de Novellarum Constitut. Imp. Iustiniani lingua originaria in C. F. ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani earumque historiam illustrantium* (Halae 1783. 8.) p. 183. seqq. Einige Novellen sind jedoch in beyden Sprachen zugleich, in der griechischen sowohl wie in der lateinischen, promulgirt worden. Dahin gehört Novelle 17. 18. 32. und 34. Folgende Novellen aber sind blos lateinisch verfasset worden, *Nov.* 9. 11. 23. 62. 143. und 150. S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen S. 587.

Corpus iuris civ. von denselben haben, enthält eine und zwar in sehr schlechter, durch Barbarismen entstellten, Latinität abgefaßte Uebersetzung. Man trägt nicht ohne Grund Bedenken, selbige dem K. Justinian zuzueignen, wenn gleich derselbe eine Sammlung seiner neuern Constitutionen versprochen [43]), und eine dergleichen auch wahrscheinlich durch Tribonian hat verfertigen lassen [44]), die aber nicht publici iuris geworden zu seyn scheint [45]). Wer der Verfasser derselben sey, weiß man nicht, daß sie indeß keinem der im zwölften Jahrhundert zu Bologna und Pisa berühmt gewesenen Rechtsgelehrten zuzuschreiben, sondern weit älter seyn müsse, ist gewiß, weil schon der römische Bischof Gregor der Grose, der nicht lang nach Justinian lebte, eine Stelle aus dieser alten Version allegirt hat [46]).

43) S. Constitut: *de emendatione Cod. Iustin.* §. 4.

44) Es läßt sich solches theils aus dem Epilog der *Nov.* 25. *Nov.* 26. *cap.* 5. §. 1. und *Nov.* 24. *cap.* 6. §. 1. schliessen, theils wollen dieß auch die griechischen Juristen als *Mich.* ATTALIATA *Praefat. Synopsis* §. 2. HARMENOPULUS *Promtuario iuris* Lib. I. Tit. I. desgleichen THEOPHANES *in Chronographia* pag. 120. versichern.

45) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach Schediasm.* de collectione Novellar. a Iustiniano facta; in ZEPERNICK *Delectu* p. 295. Es ist sehr wahrscheinlich, daß Justinian den *librum sacrarum suarum constitutionum*, dessen er in dem Epilog der *Nov.* 25. gedenkt, blos für sich und zu seiner eignen Notiz durch Tribonian habe verfertigen lassen. Denn alle übrige Magistratspersonen und Richter hatten ja seine Novellen schon, und mußten sie auch in ihren Gerichtsbüchern sorgfältig aufbewahren, was war also eine neue Bekanntmachung derselben in einer besondern Sammlung nöthig?

46) *Lib. XII. Epist.* 54. wo er die Worte der *Nov.* 123. *c.* 19. anführt. Die Stelle steht auch, obgleich etwas corrupt, in

Den Namen *Avthenticae* hat die Sammlung von den Glossatoren erhalten, weil man die darin enthaltenen Novellen für Originale hielt, und sie hierdurch von Julians lateinischen Auszuge (*Epitome Novellarum*) zu unterscheiden suchte [47]. Eben diese Glossatoren haben auch zum Behuf ihrer Vorlesungen jene alte Sammlung in neun Collationen oder Theile, und jede Collation wieder in verschiedene Titel eingetheilt, wovon ein jeder eine Novelle enthält [48]. Nicht nur die Titel einer jeden Collation, sondern auch die Novellen selbst sind numerirt, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Zahl der Titel immer mit jeder neuen Collation wieder von forn angeht, die Zahl der Novellen aber von der erstern bis zur letzten in einer ununterbrochenen Reihe fortläuft. Daher auch die Novellen, wie bekannt, nicht nach ihrer Collation und Titel, sondern nach der Zahl allegirt werden. Jeder Titel hat wieder seine Rubric, welche den Inhalt und die Materie der darin enthaltenen Novelle anzeigt. Diese Rubriken sind jedoch nicht ächt, oft ganz unrichtig, und mangelhaft, und haben daher bey der Erklärung der Novellen keine Auctorität [49]. Jede Novelle hat ihre besondere Inscription

Gratians Decrete *c.* 38. C. *XI. qu.* 1., daß sie aber keinesweges untergeschoben sey, wie *de* LUDEWIG *in vita Iustiniani* cap. VIII. §. 46. p. 259. sich eingebildet, hat MAURUS SARTIUS in Irnerio §. XIII. aus Vaticanischen Handschriften erwiesen.

47) ALCIATUS Parerg. Lib. II. cap. 46.

48) *Conr.* RITTERSHUS in Exposit. Novellarum Iustiniani. *Prooem.* Cap. I. n. 19. und 20. BACH Histor. iurispr. Rom. Lib. IV. c. I. Sect. II. §. 21.

49) *Iac.* CUJACIUS Observat.. *Lib. XX. cap.* 33. *Io. Frid.* HOMBERGK ZU VACH Praefat. versioni Novellarum praemissa p. 22. und

scription und Subscription, nur einige ausgenommen, bey denen sie fehlen. Die Inscription zeigt ausser dem Namen des Kaisers besonders diejenige Magistratsperson, oder denjenigen Bischof an, an welche oder an welchen die Novelle zur Publication gesendet worden; unterweilen auch die Unterthanen, an welche sie gerichtet ist. Die Subscription hingegen bezeichnet den Ort und die Zeit der Ausfertigung, und darf bey Bestimmung des Zeitalters, und wenn es darauf ankommt, ob und welche Novelle der andern derogirt, nicht aus der Acht gelassen werden [50]) Die Novellen selbst sind übrigens in Praefationem, Capita und Epilogum abgetheilt. Ihre Zahl erstreckt sich heutiges Tages auf 168 Novellen. Diese sind jedoch nicht alle ächt Justinianeisch [51]), auch nicht alle in Teutschland recipirt, sondern man hat in Ansehung der heutigen Gültigkeit derselben einen Unterschied zu machen zwischen denen,

und *I. L. E.* PÜTTMANN Adverfarior. Iur. univ. Lib. I. pag. 133. not. *).

50) Die Subscriptionen sind jedoch sehr fehlerhaft. Z. B. die *Nov.* I. ist vom Jahr 539. datirt, da sie doch im Jahr 535. promulgirt worden ist. Um diese Fehler zu verbessern, sind *Ant.* CONTII Chronologia annorum, Confulum et Indictionum Imp. Iuftiniani: RELANDI Fafti Confulares und *Henr.* AGYLAEUS de dierum annotatione in Novellarum Subfcriptionibus in ZEPERNICK *Delectu* p. 281. vorzüglich zu empfehlen.

51) Z. B. die *Nov.* 117. 140. 144. 149. sind vom K. Justin II. die *Nov.* 161. 163. und 164. vom Tiber, und die *Nov.* 166. 167. und 168. sind aus den *Eparchicis*, d. i. aus den Büchern oder Sammlungen, welche die Edicte der Praefectorum Praetorio enthielten. S. HOMBERGK Verfion. in Not. ad has Novellas.

welche in den Handschriften der alten Glossatoren befindlich waren, und mit deren Glossen oder Anmerkungen versehen sind, und denjenigen, welche erst in neuern Zeiten von Haloander, Scrimger, Cujacius und Contius aus des Julians Epitome, den Basiliken und andern alten Handschriften sind restituirt worden. Erstere werden *Novellae glossatae*, letztere aber *restitutae* s. *non glossatae* genennt. Nur jene ersteren sind in Teutschland recipirt [52]), letztere aber gelten nicht [53]), nach der Regel: *quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*, von welcher ich in der Folge reden werde. Der glossirten Novellen aber sind nur fünf und neunzig, und zwar folgende: Nov. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 60. 61. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 106. 107 108. 109. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131 132. 134. 143. und 159. [54]). Alle übrigen Novellen gehören zu den nicht glossirten.

Zum

52) S. BRUNQUELL Histor. Iuris P. II. Cap. XI. §. 14. *Alb.* GENTILIS de libr. iuris civ. cap. 7. BACH Hist. iurispr. Rom. Lib. IV. c. 1. Sect. 2. §. 23. LAUTERBACH in Prolegom. Collegii Pandectar. §. 6. u. a. m.

53) Eine andere Meinung hegt *God. Lud.* MENCKEN Diss. de Novellar. glossatar. et non glossatar. auctoritate iuris. Allein man sehe ZEPERNICK Delectum Scriptor. Novell. illustrant. pag. 331. seqq.

54) S. *Andr. Guil.* CRAMERI Analecta litteraria ad historiam Novellarum Iustiniani. *Kil.* 1794. pag. 9. sq. und HAUBOLD Praecognita iur. Rom. Cap. II. §. 12. Not. g.

Zum Beschluß müssen wir noch einige litterärische Bemerkungen sowohl von den verschiedenen lateinischen Uebersetzungen und Ausgaben des griechischen Textes, als den Commentaren über die Novellien hinzufügen.

I) Unter denen, welche die Novellen des K. Justinians ins Lateinische übersetzt haben, verdient zuerst **Julian** angeführt zu werden. Er war Professor der Rechte zu Constantinopel, und lebte unter den Kaisern **Justin** II. **Tiber** II. und **Mauricius**. Dieser verfertigte ums Jahr 570. einen Auszug aus **Justinians** Novellen in ächt lateinischer Sprache. Er enthält 125. Novellen, und ist in zwey Bücher eingetheilt. Nicolaus **Boörius** machte diese *Epitome Novellarum* IULIANI zuerst im Druck bekannt, Lyon 1512. Sie ist hernach öfters wieder aufgelegt worden, allein die beste Ausgabe hat *Francois* DESMARES zu Paris 1689. Fol. veranstaltet. Hiernächst hat

II) Gregorius **Haloander** den griechischen Text von 137 Novellen mit einer eleganten lateinischen Version zu Nürnberg 1531. Fol. herausgegeben [55]). **Haloander** gab seine Novellen nicht aus den Büchern der Basiliken, wie **Hombergk** [56]) meint, sondern aus einer eigenthüm-

55) Man behauptet zwar insgemein, als ob Haloander 165 Novellen griechisch edirt habe. S. GRAVINA de Ortu et progress. iur. civ. cap. 135. STRUV Histor. iur. Rom. Cap. 3. §. 9. HOFFMANN Histor. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. §. 14. und BRUNQUELL Hist. iuris P. II. cap. 12. §. 15. Allein diese Meinung ist ganz irrig, wie *Iac.* VOORDA Elector. libr. sing. *Traj. ad Rhen.* 1749. 8. Cap. 27. gezeigt hat.

56) Praefat. versionis lat. Novellar. gegen das Ende.

thümlichen Handschrift heraus, wie er in der seiner Ausgabe vorgesetzten *Epistola nuncupatoria* selbst sagt [57]). Wie er dazu gekommen, und was das vor ein Codex gewesen, erzählt SUARESIUS [58]). **Haloander** erhielt durch die Bemühung des Johann Baptista Egnatius Copie eines Exemplars von den Novellen, welches LUDOVICUS BOLOGNINUS oder *Bononiensis* aus der Marcianischen Bibliothek zu Venedig hatte abschreiben lassen, und zu Florenz in der Laurentianischen öffentlich aufbewahret wird. In vielen Stücken kommt zwar das Haloandrinische Exemplar mit den Basiliken des K. **Leo** überein, aber oft ist es von den letztern ganz verschieden, und viele Novellen erscheinen weit vollständiger in der Haloandrine, die in den Basiliken defect sind, wie Jacob **Voorda** [59]) durch viele Beyspiele ausser Zweifel gesetzt hat.

III) Eine noch vollständigere Ausgabe des griechischen Textes lieferte Heinrich **Scrimger**, ehemaliger Rechtsgelehrter zu Genf, wo er im Jahr 1571. starb. Diese ist ohnstreitig die beste griechische Ausgabe. **Scrimger** bediente sich dabey eines vortreflichen Codex, den der Cardinal **Beßarion** mit sich von Griechenland nach Venedig gebracht, und daselbst der Republik bey seinem Absterben vermacht hatte. Hierdurch hat **Scrimger** die beym **Haloander** fehlenden Novellen mit 23 derselben vermehrt. Der vollständige Titel dieser Ausgabe ist: Ἀυτοκράτορων,

Ἰουστι-

57) Pag. 2.

58) Notit. Basilicor. §. *Interpres.* Man sehe auch AUGUSTINI Emendat. Lib. II. cap. 9. und Paratit. ad Nov. 2. auch *Iac.* GOTHOFREDI Histor. iur. civ. cap. 4.

59) Elector. libro sing. cit. cap. pag. 259—275.

Ἰȣςινιανȣ͂, Ἰȣςίνȣ, Λέοντος νεαραὶ διατάξεις. Ἰȣςινιανȣ͂ ἔδικτα. *Impp. Iustiniani*, *Iustini*, *Leonis Novellae constitutiones. Iustiniani Edicta. Ex bibliotheca illustris viri Hulderici* Fuggeri *domini in Kirchberg et Weissenborn, publicae commoditati dicantur. Iustiniani quidem opus antea editum, sed nunc primum ex vetustis exemplaribus studio et diligentia* Henrici SCRIMGERI, *Scoti, restitutum atque emendatum, et* viginti tribus constitutionibus, *quae desiderabantur, auctum. Cui et Edicta eiusdem Imperatoris non prius edita, tamquam corollarium accesserunt. Iustini autem et Leonis constitutiones (quae et ipsae in antiquis codicibus Novellae cognominantur) nunquam antea in lucem prolatae. Anno MDLVIII. Excudebat* Henricus Stephanus, *Hulderici Fuggeri typographus.* Fol. Der Druckort ist nicht genennt, wahrscheinlich ist es Genf oder Paris [60]). Nach dieser Scrimgerischen Ausgabe edirte

IV) Heinrich Agyläus Verbesserungen und Supplemente zur Haloandrinischen, indem er nicht nur die in der Haloandrina fehlende Novellen aus dem Scrimger ins Lateinische übersetzte; sondern auch aus eben demselben die Fehler der Haloandrinischen Version verbesserte. Dies Werk erschien zu Cölln 1560. 8. und hat folgenden Titel: *Novellarum Iustiniani Principis constitutionum supplementum, antehac non editum, una cum Haloandri ac Scrimgeri editionum collatione, per Henricum* AGYLAEUM. Man pflegt

60) Man sehe Herrn Direct. Zepernicks Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus Leonis. Sect. III. §. XVIII. in *Mantissa Commentat. ad* BECKIUM *de Novellis Leonis.* pag. 331. seqq. wo man eine ausführliche Nachricht von dieser Scrimgerschen Ausgabe der Novellen finden wird.

pflegt zwar eben demselben auch folgende Edition der Novellen zuzuschreiben: *Iustiniani Principis Novellae Constitutiones latine ex Gregorii Haloandri et Henrici Agylaei interpretatione, ad graecum Scrimgeri exemplar nunc primum editae. Basiliae* per Io. Herwagium. MDLXI. 8vo max. Allein es ist noch einigem Zweifel unterworfen, ob Agyläus der Verfasser dieser Ausgabe sey [61]). Endlich hat

V. der ehemalige Marburgische Rechtslehrer Johann Friedrich **Hombergk zu Vach** die Novellen des Krs. **Justinian** aus dem griechischen ins lateinische übersetzt, und mit Noten erläutert: diese ist ohnstreitig die allerbeste Ausgabe. Sie kam unter dem Titel: *Novellae Constitutiones D. Iustiniani Sacr. Princ. ex graeco in latinum conversae et notis illustratae* zu Marburg 1717. 4. heraus, und enthält zugleich *Fr.* PITHOEI Glossarium obscurorum verborum Iuliani Antecess. Const. Desgleichen *Ant.* AUGUSTINI quorundam verborum Iuliani interpretatio, und des CUJACII und AGYLAEI Observationes de dierum annotatione. Diese verschiedenen griechischen und lateinischen Ausgaben der Novellen dienen uns nun vorzüglich zur richtigen Bestimmung des Sinnes derselben, welcher nicht selten in der versione vulgata durch Barbarismen verdunkelt, ja wohl gar entstellt und verfehlet worden ist. Wie, wenn nun also die Vulgata von dem griechischen Texte abweicht, und einen unrichtigen Sinn der Novelle darstellt, welcher Text wird den Vorzug behaupten? Die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten ist, die Vulgata gehe nicht nur den übrigen Uebersetzungen, sondern auch dem griechischen Texte vor, weil nur

61) S. ZEPERNICK Praefat. Delectui praemissa §. XI. pag. 69.

nur erstere in Teutschland allein recipirt sey, mithin auch nur allein ein gesetzliches Ansehen in den Gerichten erlangt habe [62]). Allein es hat schon der vorhin gedachte Homberg zu Vach dieses gemeine Vorurtheil aus Gründen bestritten, die gewiß bey einem Jeden, dem Wahrheit am Herzen liegt, ihr Gewicht haben werden [63]). Warum sollte bey unrichtiger Uebersetzung eines so wichtigen Theils des Justinianeischen Rechts, welcher das neueste römische Recht enthält, nicht eben so wohl, wie in andern Fällen, wo ein offenbarer Irrthum zum Grunde liegt, jener allgemeine Ausspruch des Celsus [64]): *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet*, seine Anwendung finden?

Zum Beschluß wollen wir nur noch kürzlich die vorzüglichsten Commentare über die Novellen anführen. Hierher

62) S. NETTELBLADT system. element. iurisprud. posit. Germanor. §. 179. p. 100. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 49. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 12.

63) Praefat. versioni Novell. praem. Man beherzige besonders folgende Worte: *Usus et receptio Iuris Iustinianei nos ligat, non vero minus accurata interpretatio legum ab homine privato concinnata. Neque enim in eius gratiam, vel propter auctoritatem eius Novellas recepimus, sed quia illae sunt pars iuris civilis recepti. Ut autem latinae non Graecae in usum venirent, id inde factum, quia Graecae non extabant. His deinde in lucem protractis, Latinae cedant necesse est, utpote quae non aliter se habent, quam ut ἀπογραφον seu exemplum, cui maior, quam archetypo, fides non debetur.*

64) *L. 39. D. de Legib.* Mit mir stimmen überein de COCCEJI iur. civ. controv. Prolegom. Qu. 4. PÜTTMANN Miscellan. iuris Cap. XXII. pag. 207. und *Aug. Corn.* STOCKMANN ad *Bachii* histor. iurispr. Rom. pag. 585.

her gehören ausser *F.* BALDUINI Iustinianus, Desselben Commentarii in Novellas I. IV. XVIII. et CXVIII. Auch Ebendesselben breves Commentarii in praecipuas Iustiniani Imp. Novellas. (Beyde stehen in der *Iurispr. Rom. et Attica* T. I. Fol. 1201. und 1322. *I.* CUJACII Expositio Novellarum *Colon.* 1569. und in *Op.* Tom. II. *Conr.* RITTERSHUSII Ius Iustinianeum s. Novellarum Iustiniani expositio methodica. *Argentorati* 1615. und edit. auct. *Ibidem* 1669. 4. *Pet.* GUDELINI Commentarior. de iure novissimo libri sex. *Francofurti* 1668. 4. und *Lucae* 1780. F. Den neuesten Commentar über Justinians Novellen hat ein Neapolitanischer Rechtsgelehrter, mit Namen *Ios* TOSCANI geschrieben, welcher in Desselben Iuris publici. Rom. arcan. Tom. III. P. I. p. 85. seqq. *Neap.* 1774. und Tom. IV. P. I. *Neap.* 1777. P. II. ib. 1780. et P. III. ib. 1782. 4. befindlich ist.

§. 55.

Von den Edicten des Krs. Justinian.

Die dreyzehen Edicte des Ks. Justinian, welche man in neuern Zeiten den Novellen noch beygefügt hat, sind von geringer Erheblichkeit, und haben meist nur einen particulären Gegenstand. Das fünfte ist überdies schon unter den Novellen enthalten, und macht die 111te Novelle aus. Scrimger edirte sie zuerst mit Justinians übrigen Novellen griechisch 1558. und Agyläus übersetzte sie ins Lateinische 1560. Seit der Zeit sind selbige zwar in die Ausgaben des Corpus Juris aufgenommen worden, und schon in der Rußardinischen, Lyon 1560. Fol. anzutreffen; allein in der Praxi gelten sie dennoch nicht [65]).

§. 56.

65) S. *Hier. Gottl.* KIND D. de XIII. Iustiniani edictis. *Lipsiae* 1793.

§. 56.

Von der heutigen Gültigkeit des Justinianeischen Rechts. Erläuterung der Regel: *Quidquid non agnoscit glossa* etc.

Soviel nun hiernächst die heutige Gültigkeit des Justinianeischen Rechts anbetrift, so ist zuförderst soviel ausser allem Zweifel, daß dieselbe nicht aus einer Promulgation, sondern allein aus einer freywilligen Reception in Teutschland herzuleiten sey, ob es wohl nicht geläugnet werden kann, daß der irrige Wahn, als ob unsere teutsche Kaiser, ohne Teutschland und Italien von einander zu unterscheiden, in beyderley Betrachte, die alten römischen Kaiser als ihre Vorfahren am Reich anzusehen gehabt hätten, ausser andern Ursachen (S. Aut. §. 77.) viel zu der Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland beygetragen habe [66]). Man ist auch ferner darin einverstanden, daß dieses Justinianeische Recht als ein gemeines geschriebenes Recht in Teutschland gelte, dessen Reception in einzelnen Fällen, wo man sich darauf beruft, nie erwiesen werden dürfe, vielmehr derjenige, welcher sich darin gründet, jederzeit fundatam intentionem, wie man zu sagen pflegt, für sich habe [67]). Fragt man jedoch weiter, in wiefern das Justinianeische Recht in Teutschland eingeführt sey? so kann, wenn gleich ohne

66) S. Joh. Steph. Pütters Abhandlung, wie das Justinianisch römische Gesetzbuch in Teutschland zur gesetzlichen Kraft gediehen sey? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte. II. Th. N. 23. S. 30. folgg.

67) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Spec. VI. med. 1. 2.

ohne allen Zweifel ist, daß dasselbe in complexu suo recipirt sey (Aut. §. 78.), dennoch, ohne sich den gröbsten Irrthümern Preis zu geben, nicht behauptet werden, daß alles, was wirklich Justinianeischen Rechtens ist, auch ebenfalls bey uns gelte; sondern es ist vielmehr der heutige Gebrauch desselben behutsam und nach folgenden Regeln zu beurtheilen [68]).

Erste Regel: Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle des Justinianeischen Rechts die Frage entsteht, so hat man vor allen Dingen darauf zu sehen, ob dieselbe glossirt ist oder nicht; indem alle diejenigen Theile und Stücke des Justinianeischen Gesetzbuches in Teutschland kein gerichtliches Ansehen behaupten, welche nicht glossirt sind; nach der Regel: *quidquid non agnoscit glossa, illud non agnoscit curia* [69]).

Man nennt diejenigen Theile und Stücke des Justinianeischen Rechts **glossirt**, welche mit den Anmerkungen

68) Vorzüglich verdienen hier empfohlen zu werden Herrn Prof. D. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. Schwerin, Wismar und Bützow. 1782. 8. Man sehe jedoch auch NETTELBLADT Systema element. iurisprud. positivae Germanor. commun. §. 179. n. 2. p. 99. seq.

69) Vortreflich hat diese Regel erläutert Herr Dir. ZEPERNICK in Coniectur. quibus ex caussis Novellae Leonis Sap. in Germania receptae dici nequeant. Cap. II. §. 22. und besonders Cap. III. §. 24. — 26. beym BECK pag. 533.

gen und Erläuterungen der alten **Glossatoren** versehen sind. **Glossatoren** aber werden diejenigen italiänischen Rechtsgelehrten genennt, welche im 12. und 13. Säculum zu **Bologna** die römischen Rechte lehrten, und bey ihrem Vortrag die Justinianeischen Gesetzsammlungen zum Grunde legten, und diese mit ihren Glossen oder Anmerkungen zu erläutern suchten. Der erste und berühmteste derselben, welchen **Odofredus** 70) daher den *primus illuminator scientiae nostrae* nennt, war **Irnerius**, der aber eigentlich **Werner** oder **Warner** geheissen, ob er gleich deswegen kein Teutscher von Geburt, wie **Brenkmann**, durch jenen teutschen Namen verführt, sich eingebildet 71), sondern ein Italiäner, von Bologna gebürtig, gewesen 72). Dieser **Irnerius** fieng, durch das Beyspiel eines gewissen **Pepo** 73) aufgemuntert, der auch schon vorher das römische Recht zu lehren versucht, aber wenig Beyfall gefunden hatte, in der erstern Hälfte des zwölften Jahrhunderts an, über die Justinianeischen Gesetzsammlungen Vorlesungen zu halten, und wußte theils durch seine neue Lehrart, die mit allgemeinem Beyfall aufgenommen wurde, theils durch die Annehmlichkeit seines Vortrags 74), der römischen Rechts-

70) ad L. *ius civile* D. de Iust. et Iure.

71) BRENCMANN Histor. Pandectar. Lib. I. c. V.

72) S. MAURUS SARTIUS in Irnerio. §. 2. bey ZEPERNICK in *biga libellor.* pag. 101.

73) ODOFREDUS a. a. O. *Quidam dominus* PEPO *caepit auctoritate sua legere in legibus, tamen, quidquid fuerit de scientia sua, nullius nominis fuit.*

74) Der gute Vortrag war der Irnerianischen Schule so eigen, daß es zum Sprüchwort wurde: *bononiensem in morem dicere,* und

Rechtsgelehrsamkeit so viele Verehrer zu verschaffen, daß sich nun, seitdem Irnerius solche öffentlich zu lehren anfing, mit einer Art von Enthusiasmus alles darauf legte. Was eigentlich zur Entstehung dieser neuen Irnerianischen Schule Veranlassung gegeben, und ob etwa die Gräfin Mathildis, wie der bekannte Abt von Ursperg [75]) erzählt, die Triebfeder gewesen, oder ob ein grammatischer Streit über die Bedeutung des Worts *as*, welcher nach dem Zeugniß des Cardinals zu Ostia [76]) durch Einsicht der Justinianeischen Pandecten soll entschieden werden seyn, den Eifer des Irnerius rege gemacht, ist hier zu untersuchen, meine Sache nicht. Allein die neue Lehrmethode, deren sich Irnerius bey der Erklärung des Justinianeischen Rechts bediente, und welcher das ausgebreitete Ansehen des römischen Rechts ganz vorzüglich zuzuschreiben ist, müssen wir etwas näher kennen lernen. Sie bestand darin. Irnerius laas seinen Schülern den Text des Justinianeischen Rechts von Gesetz zu Gesetz vor, und ohne sich in eine weitschweifige Entwickelung der einzelnen Rechtslehren einzulassen, erklärte er blos die Worte der Gesetze, (ipsam legum litteram, wie es die Glossatoren selbst zu nennen pflegen) grammatisch, und begleitete den Text mit kurzen Anmerkungen über dunkle Stellen, welche er Glossen nannte. Daß Irnerius in seiner Lehrmethode die Grie-

und ein guter Ausdruck der Worte *sermo bononicus* genennet wurde. S. SARTIUS in Irnerio *Prooem.* §. *XXIII.* in ZEPERNICK *Biga* p. 89.

75) *Chronic. ad an. MCXXVI.*

76) Commentar. ad Decretal. in rubric. tit. *de testamentis.* SARTIUS in Irnerio *prooem.* §. XX.

Griechen nachgeahmt, und die Scholien der Basiliken des Krs Leo benutzet habe, wie Abraham Wieling[77]) behaupten will, kommt mir darum nicht glaublich vor, weil das Vorgeben, als ob Irnerius die Rechte zu Constantinopel erlernet habe, und worauf sich jene Hypothese des Wielings gründet, ganz unerweißlich ist[78]). Es ist viel wahrscheinlicher, daß er die vorhin beschriebene Art zu glossiren von den damahligen Lehrern der Gottesgelahrtheit zu Bologna erlernet habe, welche sich derselben ebenfalls bey der Erklärung der heiligen Schrift bedienten, und welche Irnerius auch bey der Erklärung der Gesetze sehr zweckmäßig fand[79]). Da Irnerius, nach dem Zeugniß des Odofreds[80]) vorher, ehe er sich den Rechten

77) Orat. pro Glossatoribus hinter Desselben *Lectionib. iuris civ.* pag. 300. seq.

78) Schon *Donat. Anton.* d'ASTI in seinem Werk dell' uso e autorita della ragione civile (*Neapoli* 1720.) Lib. II. cap. 5. p. 133. verlacht deshalb den GRAVINA, welcher sich in seinem Buche *de ortu et progressu iuris civ.* Lib. I. c. 143. diese Fabel von Mornacius und Cironius hatte aufheften lassen, und *Maurus* SARTIUS in Irnerio §. 3. u. 4. hat dieses Vorgeben vollends widerlegt, und aus Nachrichten des Odofredus das Gegentheil erwiesen.

79) MAUR. SARTIUS in Irnerio *prooem.* §. XXI. und im Leben des Irnerius §. V.

80) ODOFREDUS ad L. *ius civile* D. de Iust. et Iure: — *Dominus* IRNERIUS, *dum doceret in artibus in civitate ista, cum fuerunt deportati libri legales, coepit per se studere in libris nostris, et studendo coepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis, et primus illuminator scientiae nostrae*; und ad L. *Sane si haec* Cod. de sacros. Eccl. *Dominus* IRNERIUS *erat magister*

ten widmete, die Philosophie und schönen Wissenschaften studiret, und auch als Magister dieselben zu Bologna öffentlich gelehret hatte, so ist nicht zu zweifeln, daß diese, einem jeden Rechtsgelehrten so nöthige Hülfswissenschaften nicht nur bey Erklärung des Justinianeischen Rechts seine Führerinnen gewesen, sondern auch insonderheit das Studium der alten römischen Autoren zur Bildung des guten Geschmacks und der Eleganz das meiste beygetragen, wodurch sich die Irnerianische Schule so sehr vor der nachherigen Accursianischen ausgezeichnet hat; und in dessen Rücksicht die Glossen eines Irnerius mit Recht gegen die eines Accursius elegant genennt zu werden verdienen [81]). Der grosse Beyfall, den dieser Rechtslehrer durch seine Vorlesungen zu Bologna erwarb, verursachte nun, daß nicht nur die Exemplare der Justinianeischen Rechtsbücher mit einem erstaunenden Eifer abgeschrieben, und in die Hände der Rechtsbeflissenen sowohl als der damahligen Gelehrten verbreitet wurden, sondern es wurden auch die Glossen des Irnerius diesen Handschriften ebenfalls mit beygefügt, und zwar gleich zwischen den Zeilen des Textes bey

gister in artibus, — et studuit per se, sicut potuit, postea coepit docere in iure civili; auch ad L. ult. C. *de in int. rest. minor.*

81) Dieses Lob giebt auch selbst ODOFREDUS an mehreren Orten seiner Commentare der Glosse des Irnerius, so z. B. sagt er ad L. *manumissionis* D. de Iust. et Iure: *Hic glossat dominus* IRNERIUS *elegantissimis verbis:* und eben so richtig urtheilt SARTIUS in Irnerio §. V. wenn er sagt: *Fuerunt eius glossae breves et elegantes, et illae quidem non continenti oratione scriptae, sed intercisae, et ad loca tantum obscuriora legum et difficiliora adpictae.*

bey denjenigen Stellen und Worten mit eingerückt, worauf sich selbige beziehen, und zu deren Erläuterung sie dienen, daher aus dieser Ursach die Irnerianischen Glossen von den Alten *glossae interlineares* genennt zu werden pflegen [82]).

Diese Irnerianische Methode über das Justinianeische Recht zu glossiren dauerte nun unter den Schülern des Irnerius fort, unter denen vorzüglich **Bulgarus** und **Martin Gosias** wegen ihrer Streitigkeiten, die sie über verschiedene Rechtsmaterien mit einander gehabt, und wegen der dadurch verursachten beyden Secten der Gosianer und Bulgarianer, welche mit den Sabinianern und Proculianern gewissermasen verglichen zu werden pflegen, vorzüglich zu bemerken sind [83]).

82) MAURUS SARTIUS in Irnerio §. V. hat dieses nicht nur aus verschiedenen Stellen des Odofreds, z. E. ad L. *ius civile* D. de Iust. et Iure, und ad L. *si duobus vehiculum* D. commodati vel contra, sondern auch aus Vaticanischen Handschriften in Appendice erwiesen. *Visuntur adhuc* sagt er a. a. O. *in pluteis bibliothecarum, quae antiquis libris abundant, veteres codices manu exarati, eiusmodi glossematibus, brevibusque adnotationibus instructi, quas vulgo* GLOSSAS INTERLINEARES *appellare solent, quia inter ipsas scripturae lineas insertae sunt, et raro ad occupandum libri marginem excurrunt.*

83) S. *Io. Sal.* BRUNQUELL Prolus. de Sectis et controversiis iuris Iustinianei interpretum, quos Glossatores appellamus. Ienae 1725. und GINNANI Memorie storico - critiche degli scrittori Ravennati T. II. *Faenza* 1769. 4. Wir würden von den Rechtsdisputen zwischen Bulgarus und Gosias, die uns, wegen mancher sich darauf beziehenden Authendiken im Just. Codex und wegen mancher Decretalen allerdings von Wichtigkeit sind, mehreres wissen, wenn wir das Buch hätten, welches unter dem Titel: Diversitates dominorum in iure noch unge-

Accursius, mit welchem in der Geschichte der Glossatoren eine neue Epoche anfängt, verließ zuerst, wo nicht ganz, doch wenigstens in etwas die Lehrart des Irnerius. Er wurde zu Florenz ums Jahr 1182. gebohren, und starb zu Bologna im Jahr 1260.[84]). Dieser Accursius führte nicht nur eine weitläuftigere Art zu glossiren ein, welche nämlich darin bestand, daß er den casum legis überall formirte, und Fragen aufwarf, welche er sodann nach dem Inhalt des Gesetzes zu entscheiden suchte; sondern er schrieb auch selbst weitläuftige Commentare über das Justinianeische Recht, wobey er die Glossen seiner Vorgänger vorzüglich benutzte. Diese Accursianische Glosse erlangte nun ein solches erstaunendes Ansehen, daß man hierüber nicht nur die Irnerianische vergaß, sondern auch alle Sectirerey beylegte, und nun sich gleichsam zur Fahne des Accursius bekannte[85]).

Mit diesen Glossen versehen erhielten auch wir in Teutschland die Justinianeischen Gesetzsammlungen durch die jungen Teutschen, die aus Mangel einheimischer Academien

gedruckt in der Bibliotheca regali Collegii Hispanorum zu Bologna sich befindet. Ein Beyspiel einer solchen unter jenen beyden Männern geführten Streitigkeit hat Herr geh. Justiz R. Walch in seinen *Reliquiis controversiae inter Bulgarum et Gosiam de praelatione dotis*. Ienae 1785.

84) SARTIUS de claris Archigymn. Bonon. Profess. in vita ACCURSII T. I. P. I. p. 141. seqq.

85) Wie groß das Ansehen der Accursianischen Glosse gewesen, beweißt der Ausspruch des Jasons: *Glossae auctoritatem omnes excellere, et illi tanquam Carotio veritatis perpetuo adhaerendum esse*; und Cynus pflegte zu sagen: *volo pro me Glossatorem potius, quam textum.*

mien die Rechte jenseits der Alpen studirt, und bey den Glossatoren gehört hatten. Was Wunder also, wenn keine andere Gesetze des Justinianeischen Rechts in Teutschland recipirt wurden, als welche in den Exemplaren, die man zu den Zeiten der Glossatoren davon hatte, und welche mit den Anmerkungen derselben versehen waren, anzutreffen gewesen? Und dies ist nun der Grund der obigen Regel: *Quidquid non agnoscit glossa, illud nec agnoscit curia.* Nicht also weil die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger eine gesetzliche Kraft hätten; oder weil diese Glossatoren es bestimmen könnten, welche Gesetze in Teutschland gelten sollten, und welche nicht, — sondern, weil unsere Vorfahren das römische Recht in der Gestalt recipirt haben, wie sie es aus den Händen der Glossatoren empfingen; nur darum gilt anders nichts, als was die Glosse anerkennt [86]). Nicht recipirt sind demnach alle diejenigen Gesetze, welche erst im sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert durch die critischen Bemühungen der neuern Civilisten vorzüglich aus den Basiliken restituirt, und den Justinianeischen Gesetzsammlungen eingeschaltet und beygefügt worden sind, weil die alten Glossatoren diese nicht kannten, mithin auch selbige mit deren Glossen nicht versehen sind. Da uns nun also die Glosse zum Wegweiser dienen muß, wodurch wir erfahren können, welche Verordnungen das corpus iuris civilis zu der Zeit, als es in Teutschland aufgenommen worden, in sich gefasst habe, so läßt sich schon hieraus abnehmen, daß das corpus

86) ZEPERNICK in den oben angeführten Coniecturis §. XXII. bey BECK p. 526.

pus iuris glossatum noch immer für einen Rechtsgelehrten von grossem Nutzen sey [87]).

§. 57.

Zweyte Regel.

Ist es ausser Zweifel, daß die Stelle im Justinianeischen Gesetzbuche, über deren heutigen Gebrauch die Frage ist, wirklich glossirt sey; so ist weiter darauf zu sehen, ob dieselbe eine wirkliche gesetzliche Disposition enthalte, oder nicht? indem, wenn das letztere ist, solche uns gar nicht verbinden kann, sondern es uns in einem solchen Falle vielmehr freystehen muß, nach unserer Ueberzeugung davon abzugehen.

Daß in unserm Corpus Juris nicht wenig enthalten sey, welches den Namen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdienet, ist schon oben (S. 48. und folgg.) bemerkt worden. So z. B. kommen in unserm römischen Gesetzbuche häufig Definitionen, Eintheilungen, dogmatische und historische Sätze, Worterklärungen und dergleichen vor. Diese können uns als Gesetze aus den schon oben angeführten Gründen ohnmöglich verbinden, wenn wir gleich dieselben, sofern sie richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen

87) Die beste Ausgabe des *Corporis iuris civ. glossati* ist diejenige, welche Dionys. Gothofredus zu Lyon 1612. in Fol. in VI Theilen veranstaltet hat. Der sechste Theil enthält den T[illegible] Accursianum, *Brossei* Remissiones, *Hennequini* Notis et Benedicta ad Accursium, und des *Stephani Daoys* indicem generalem.

gen als wahr und gegründet anerkennen müssen: Man muß daher, um das Gesetzliche von dem nicht Gesetzlichen zu unterscheiden, hauptsächlich auf den Inhalt der Stelle selbst sein Augenmerk richten.

§. 58.

Dritte Regel.

Bey den wirklichen Gesetzen des corporis iuris Romani kommt es nun aber ferner darauf an, ob und in wieferne sie auf unsere Zeiten, Sitten und Verfassungen angewendet werden können. Es ist daher eine dritte Regel: diejenigen Verordnungen, welche sich auf blos römische in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung [88]).

Denn man darf nicht glauben, daß mit der Aufnahme des Justinianeischen Rechts auch die ganze Regimentsverfassung und politische Einrichtung der Römer zu uns übergegangen sey, oder daß die Teutschen die Absicht gehabt, den ganzen Inbegriff ihrer Rechtsgeschäfte nach römischen Grundsätzen umzuformen. Die Erfahrung lehrt das Gegentheil. Hieraus folgt also, daß solche Verordnungen, welche auf Grundsätzen beruhen, die man in Teutschland nie aufgenommen hat, oder deren Gegenstand heutiges Tages cessirt, gar keine Anwendung finden können. Vermöge unserer Regel fällt also die heutige Anwendung des römischen Rechts weg,

88) S. Schotts Encyclopädie §. 109.

1) wenn selbst das Object des Gesetzes heutiges Tages gar nicht mehr existiret. Dahin gehören z. B. diejenigen Verordnungen, welche die besondere Regimentsverfassung des römischen Staats und dessen Verwaltung betreffen. Daher fällt heut zu Tage die ganze Reihe von Titeln, welche von dem Amte der römischen Obrigkeiten, als de officio praefecti praetorio, praefecti urbi, praefecti vigilum, praetorum, proconsulis, praefecti augustalis, praesidis u. s. w. handeln, (Lib. I. Tit. 9-22.) ganz weg. Aus der nämlichen Ursache findet auch die Verordnung des römischen Rechts von der Legitimation unehelicher Kinder per oblationem Curiae bey uns keine statt. Hieraus ersieht man zugleich, wie nöthig es sey, um über den Gebrauch und Nichtgebrauch römischer Gesetze richtig urtheilen zu können, mit den Gegenständen derselben genau bekannt zu seyn? und wie unentbehrlich eben aus diesem Grunde das Studium der römischen Alterthümer sey?

2) Kann ein römisches Gesetz auch dann nicht mehr gelten, wenn der wesentliche Grund desselben, ohne welchen sich das Gesez gar nicht denken läßt, bey uns ganz wegfällt. Nur unter dieser Bestimmung ist die Regel wahr: *cessante ratione legis, cessat eius dispositio*, die nur gar zu oft, wenn es auf den heutigen Gebrauch einer iustinianeischen Verordnung ankommt, gemißbraucht wird. Ein Gesetz kann mancherley Veranlassungen, kann verschiedene Ursachen haben. Gesezt nun auch, die Umstände hätten sich geändert, es fiele diese oder jene Nebenursache bey uns weg, welche vorzüglich etwa den Römern ein Gesez nützlich machte; so kann doch deswegen die heutige Gültigkeit des Ge-

Gesetzes selbst nicht bezweifelt werden, so lange der Hauptgrund des Gesetzes auch bey uns noch statt findet. Ein Beyspiel giebt die actio de recepto, deren heutiger Gebrauch bloß darum noch keinesweges geläugnet werden kann, weil unsere Wirthe nicht mit jenen Römischen, als welchen die Gesetze von Seiten ihrer Ehrlichkeit eben kein günstiges Zeugniß beylegen [89], in eine Classe gesetzt werden können, indem der Grund der Billigkeit, daß Fremden, welche sich in keine weitläuftige Processe einlassen können, kurz und ohne Umschweif zu dem Ihrigen verholfen werde, allerdings auch noch heut zu Tage fortdauernd bleibt. Soll also das römische Gesetz bey uns seine Anwendung verliehren, so muß der wesentliche Grund desselben, ohne welchen sich die Verordnung selbst gar nicht denken lässet, gänzlich cessiren. Eben darum läßt sich in Teutschland von den Vorschriften des römischen Rechts, welche von simplen Verträgen, und stricti iuris Contracten reden, kein Gebrauch machen; denn sie gründen sich auf das besondere Formularwesen der Römer, welches die Teutschen nicht aufgenommen haben.

Zuweilen kann jedoch der Hauptgrund eines römischen Gesetzes wegfallen, und das Gesetz bleibt doch verbindlich. Dieses geschieht in den Fällen, wo der Grund des Gesetzes mit der Disposition desselben nicht so wesentlich verbunden ist, daß sich die letztere mit Aufhebung des erstern nicht mehr gedenken ließe. Daher finden wir es sehr oft, daß in den römischen Gesetzen Consequenzen übrig geblieben sind, ob schon der Grundsatz, woraus sie ihren Ursprung herleiten, längst

89) *L. 1. §. 1. D. Nautae caup. et stabul.*

längst aufgehoben worden. Zum Beyspiel kann die Querela inofficiosi testamenti dienen, welche bekanntermassen auch noch heutiges Tages länger nicht, als fünf Jahre, dauert, obgleich der Kläger nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. nicht mehr nöthig hat, den Vorwand zu gebrauchen, als ob der Testator nicht recht bey Verstande gewesen wäre.

§. 59.

Vierte Regel.

Auch diejenigen Verordnungen des römischen Rechts gelten heutiges Tages nicht, welche solche Gegenstände betreffen, die zwar den Römern eben so gut, als den Teutschen, bekannt waren, aber doch bey der Einführung des römischen Rechts von den Teutschen darum, weil sie ihren Sitten und Denkungsart ganz entgegen giengen, nicht recipirt worden sind.

Die Lehre von **Erbverträgen** giebt uns hiervon ein sehr treffendes Beyspiel. Nach römischen Rechten gelten sie, einige wenige Fälle ausgenommen, nicht, man besorgte, vielleicht nicht ohne Grund, sie möchten den Wunsch nach des andern Tode rege machen, und wohl gar zu Lebensnachstellungen Anlaß geben. Allein bey den Teutschen sind Erbverträge von jeher üblich gewesen, und als gültig und unwiderruflich angesehen worden. Ja sie waren, ehe die Teutschen durch Einführung des römischen Rechts die Testamente kennen lernten, das einzige Mittel, über die Erbfolge zu disponiren. Diese Grundsätze haben die Teutschen auch noch nach Einführung des römischen

schen Rechts, alles darin enthaltenen Verbots ohngeachtet, bis auf den heutigen Tag aufrecht zu erhalten gewußt. Daher die Vorschriften des römischen Rechts in dieser Materie keine Anwendung bey uns finden [90]).

§. 60.

Fünfte Regel.

Eben so wenig läßt sich das röm. Recht auf solche Gegenstände und Rechtshandlungen der Teutschen anwenden, welche den Römern ganz unbekannt waren, und blos aus teutschen Sitten und Verfassungen ihren Ursprung haben.

So kann daher das einer Witwe aus der Verlassenschaft ihres Ehemanns nach teutschen Rechten gebührende Witthum eben so wenig, als die Gemeinschaft der Güter unter teutschen Ehegatten aus dem römischen Rechte beurtheilet werden.

§. 61.

Sechste Regel.

Wo nun aber alle diese Regeln den Gebrauch des römischen Rechts nicht hindern, da findet solches in allen übrigen Fällen seine Anwendung, sofern nicht der Gebrauch desselben durch die in Teutschland geltenden übrigen entweder einheimischen oder kanonischen

90) *Ad. Fr.* HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactor. successor. Erfordiae 1768.

schen Rechte eingeschränkt wird, oder dasselbe durch Nichtgebrauch, wie z. B. bey den Pönalklagen, erloschen ist. Von diesen Einschränkungen werde ich erst weiter unten reden. Hier bemerke ich nur noch, daß, da das römische Recht in Teutschland einmahl zur Kraft eines gemeinen Reichsrechts gediehen, und, als ein solches, reichsgesetzmäßig bekräftiget worden ist [91]), der Gebrauch desselben so wenig durch ein Erkenntniß des Cammergerichts, welches nicht pro lege Imperii zu halten, in einzelnen Fällen aufgehoben, als durch ein Zeugniß eines Cammergerichtsassessoris entkräftet werden könne. Dahero es ganz vergeblich ist, wenn einige neuere Rechtsgelehrte aus diesem Grunde den heutigen Gebrauch der L. ult. C. de praescript. XXX. et XL. annor. desgleichen der L. 2. und L. ult. C. de litigios. und anderer Gesetze mehr bezweifeln wollen.

§. 62.

Postiustinianeisches Recht. a) orientalisches. I) Basiliken des Kaisers Leo.

Wir haben nun noch von dem letzten Theil des römischen Rechts, nämlich den Postiustinianeischen, zu handeln. Hierher gehören einmahl die nach des Kaiser Justinians Regierung im Orient promulgirte neuen Gesetze und Rechtsbücher, von denen wir noch heutiges Tages betrācht-

91) Reichshofr. Ordnung Tit. VII. §. 24. So sollen auch unsere kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, Cammergerichtsordnung, — *Corpus iuris civilis* und canonici, — auf der Reichshofraths Tafel, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrücktwerden.

trächtliche Fragmente übrig haben [92]). Ausser den wenig interessanten Novellen der Kaiser Justin II. und Tiberius, welche auch nach der Uebersetzung des Agyläus den meisten Ausgaben des Corporis juris civ. angehängt sind; und dem Πρόχειρον νομικόν, (Promptuarium iuris) welches der Kaiser Basilius Macedo, mit seinen beyden Söhnen, dem Constantin und Leo, im Jahr 876. bekannt gemacht hat, und aus 40 Titeln besteht [93]); verdienen die sogenannten Basiliken des K. Leo unsere ganze Aufmerksamkeit. K. Basilius Macedo ließ dieses Werk durch eine Gesellschaft von Gelehrten, unter denen Symbatius Protospatarius den ersten Platz behauptet zu haben scheinet, vornehmlich aus den damahls vorhandenen mancherley griechischen Uebersetzungen des justinianeischen Rechts zusammentragen [94]). Es kam jedoch erst nach desselben Tode unter der

92) Einen grossen Theil dieser orientalischen Gesetze und griechischen Rechtsbücher haben *Enimund.* BONEFIDIVS in Iure orientali *Paris* 1573. und *Io.* LEVNCLAVIVS Iure Graeco-Romano cura *Marq.* FREHERI Francof. 1596. fol. Tom. II. gesammlet.

93) Mehrere Nachrichten hiervon findet man in den gelehrten Anmerkungen des Hrn. Dir. Zepernicks über BECK de Novellis Leonis Halae 1779. 8. pag. 18. seq.

94) *Georg.* CEDRENVS Annal. s. Compend. Historiae in vita *Basilii.* pag. 468. — *Sed et civiles leges videns multum habere confusionis atque obscuritatis, operam dedit, ut iis convenientem faceret medicinam: itaque abrogare inutiles, iisque amputatis multitudinem bonarum expurgare intendit. Sed mors eius hoc institutum intercepit, res a filio deinde perfecta est.* Kais. Leo selbst eignet dieses Werk nicht undeutlich *Nov. LXXI.* seinem Vater zu. S. ZEPERNICK Praetermissa de vita, rebus gestis, constitutionibus, inprimis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. XII. hinter BECK *de Nov. Leonis.* pag. 286. seq.

der Regierung des K. Leo des Philosophen zu Stande, welcher dieses Gesetzbuch im Jahr 887. promulgirte, und zur Ehre seines Vaters des Kais. Basilius ΒΑΣΙΛΙΚΑ nannte. Das ganze Werk ist in sechzig Bücher, und jedes Buch in Titel abgetheilt, daher es auch ἑξηκοντάβιβλος oder ἑξάβιβλος genennt wird. Von diesen Basiliken haben wir jedoch heutiges Tages nur noch sechs und dreyßig vollständige Bücher, nämlich das 1. 3. 4. 5. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 38. 39. 40. 41. 42. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. und 60te, von welchen das 49. 50. und 51. im fünften Tom des *Thesauri Meermanniani* *), die übrigen aber in der Fabrotischen Ausgabe der Basiliken befindlich sind. Es ist daher eine offenbare Unwahrheit, womit Fabrot viele hintergangen hat, die ihm auf sein Wort geglaubt haben, wenn er 41. Bücher vollständig edirt zu haben vorgiebt [95]). Denn das 2. 6. 16. 17. 18. und 30te Buch sind defect, und ganzer 21. Bücher, nämlich das 19. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 43. 44. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. und 59. unächt, wo Fabrot nicht die Bücher der Basiliken selbst, sondern statt derselben eine Rhapsodie aus der Synopsi Basilicorum, dem Theodoro Hermopolita, Constantino Harmenopulo, den Glossen der Basiliken und den Commentaren des Cujacius über die

*) Bey Meermann T. V. steht zwar auch das 52ste Buch, allein es ist defect.

95) Praefat. seiner Ausgabe (Paris 1647. VII. Volum. Fol.) *Aequiores autem rerum iudices heic monendi sunt, libros Basilικῶν in libros sexaginta a Leone Imp. divisos integros ad nos non pervenisse, sed libros tantum XLI.*

die drey leztern Bücher des Codex geliefert hat [96]). Die Schreibart ist übrigens in den Basiliken sehr verschieden, bald ungemein weitschweifig, bald sehr kurz, je nachdem die Verfasser bald eine weitläuftigere, bald eine kürzere Uebersetzung von Justinians Gesetzsammlungen vor Augen gehabt haben. Denn einige z. B. *Thalelaeus* und *Stephanus* hatten die Pandecten und den Codex εἰς πλάτος (paraphrastisch), andere, wie *Dorotheus*, κατὰ πόδα (wörtlich), noch andere hingegen, z. B. *Anatolius* und *Cyrillus* κατ' ἐπιτομὴν, (auszugsweise) übersezt. Zur Erläuterung des Textes haben die griechischen Rechtsgelehrten Scholien und Glossen geschrieben, erstere hat **Fabrot** dem Texte beygefügt, leztere aber, welche Erklärungen dunkler Rechtswörter enthalten, sind zuerst von **Carl Labbäus**, Paris 1606. 8. gesammlet, und hernach noch mit vielen Zusäzen und Verbesserungen auch mit den gelehrten Anmerkungen des **Anton Schultings** von **Eberh. Otto** dem dritten Tom des *Thesauri iuris Rom.* inserirt worden. **Matth. Roever** [97]), **Pet. Bondam** [98]) **Pet. Lucret. Struchtmeyer**

96) Vorzüglich verdient hierbey das elegante Programm des sel. Geh. Tribunals-Raths **Höpfner** unter dem Titel: Praetermissa quaedam de Βασιλικων libris *Giessae* 1774. nachgesehen zu werden. Ein Auszug daraus nebst Berichtigungen und Zusäzen steht in des Hrn. Prof. **Hugo** civilistischen Magazin 2. Band 4. Heft Nr. XVIII. Eben daselbst findet man auch S. 410 ff. eine vollständige Litteratur der Basiliken.

97) Specim. Obfervat. et Emendat. ad gloffas veteres verbor. iuris hinter dem *Fragmento veteris ICti de iuris speciebus* pag. 41.

98) Animadverfion. criticae ad loca quaedam iuris civ. depravata cap. VI—X. in **Oelrichs** *Thef. novo Differt. Belgicar.* Vol. II. T. 2. pag. 107. feqq.

meyer [99]), Gerh. Joh. Jacobson [100]) und Joh. Bernh. Köhler [1]) haben diese Glossas nomicas hernach noch mehr berichtiget und erläutert.

§. 63.

Heutiger Gebrauch der Basiliken.

Diese Basiliken, so weit sie auf unsere Zeiten gekommen sind, haben nun zwar heutiges Tages kein gerichtliches Ansehen, weil sie in Teutschland nicht recipirt worden sind; indessen haben doch diese Bücher ihren grosen Nutzen bey der Erklärung des in Teutschland geltenden Justinianeischen Rechts. Denn mit Hülfe derselben können nicht nur manche corrupte Stellen emendirt, und recipirte, von Andern aber in Zweifel gezogene, Lesearten bestärket werden, sondern man kann auch aus denselben beurtheilen, ob etwa Glosseme durch die Nachlässigkeit der Abschreiber in den Text eingeschlichen sind, und überhaupt können manche dunkele Stellen in unserm Römischen Gesetzbuche durch die Basiliken vortreflich illustriret werden. **Cujacius**, der uns zuerst den Weg zeigte, mit Hülfe jener griechischen Ueberbleibsel das justinianeische Recht zu erklären, und die übrigen Rechtsausleger, die ihm auf diesem Wege nachgefolget sind, unter welchen ich vorzüglich einen **Abraham Wieling** [2]) nenne, haben diesen Nutzen der Basiliken durch viele Beyspiele ausser allem Zweifel gesezt [3]). Inzwischen

99) Epist. crit. in glossas nomicas Vltraj. 1769.

100) Specim. critic. in glossas nomicas. *Daventr.* 1777. 4.

1) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 6. et 7.

2) Lectiones iuris civ. *Trajecti ad Rhen.* 1740.

3) Auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 280 — 292. und WALCH ad Eundem haben viel Beyspiele gesammlet.

schen ist auch hier viel Behutsamkeit nöthig. Denn einmahl würde man sich sehr irren, wenn man die Basiliken für ganz fehlerfrey halten wollte. Joh. Wilh. Hoffmann [4]) entdeckte nur allein in der Lehre von der Erbtheilung vierzehen Fehler. Sodann müssen wir immer bedenken, daß die Basiliken erst lange Zeit nach Justinian verfertiget worden, die Verfasser derselben manches aus dem Rechte der spätern Kaiser eingemischt [5]), und daß selbst die Verfasser der griechischen Versionen, aus denen die Bücher der Basiliken sind compiliret worden, viel zu weit von den Zeiten der alten Rechtsgelehrten und römischen Kaiser, deren Gesetze sie interpretirten, entfernt gewesen, als daß wir es ihnen zutrauen dürften, überall den Sinn derselben gehörig gefaßt zu haben [6]). Nicht jede Abweichung der Basiliken

 von

4) Meletemat. ad Pandect. Diss. XI. §. 2. *Basilicorum ope innumera lucem et integritatem acceperunt iuris nostri loca. — Vehementer autem illi falluntur, qui parum aut nihil, quod manum medicam desideraret, in* Basilicis *post* FABROTTI *diligentiam superesse putant. In una de familia erciscunda tractatione quatuordecim naevos observavi, quos vel librariorum, vel operarum, vel ipsorum veterum interpretum reliquit negligentia.*

5) Beyspiele hiervon haben BYNCKERSHOECK Observ. Iur. Rom. Lib. VIII. c. 17. HOFFMANN Meletemat. ad Pandect. Diss. XXXI. §. 4. und IENSIUS in Notitia Basilicor. *Stricturis ad Iustiniani Cod. et Pandect.* praefixa.

6) Mit Recht sagt daher VOORDA Elect. cap. V. pag. 68. *Habet quidem Graecorum auctoritas in constituenda lectione, de qua ambigitur, pondus nonnunquam haud exiguum; sed in indaganda atque exponenda sententia, ubi minime dubia lectio est, nihilo unquam plus valet, quam cuiuslibet interpretis alius. Vide-*

von dem Text des Justinianeischen Rechts darf uns demnach berechtigen, gleich eine Aenderung in den Gesetzen unsers corporis iuris civilis vorzunehmen; nein, es muß offenbar seyn, daß die Stelle des justinianeischen Rechts corrupt sey, wenn sie aus den Basiliken emendiret werden soll [7]). Dahero ich den Ausspruch eines berühmten holländischen Rechtsgelehrten [8]) zu unterschreiben kein Bedenken trage, welcher sagte: *ex Basilicis quidquam temere latino textui obtrudendum haud esse.* Eben dieses ist auch bey den übrigen auf unsere Zeiten gekommenen kleinern griechischen Rechtsbüchern und Schriften der griechischen Rechtsgelehrten zu erinnern, welche unter den Namen *Synopses*, *Epitomae*, *Ecclogae* und *Promtuaria* bekanat, und größtentheils aus den Basiliken excerpirt worden sind, obwohl auch hieraus mancher Nutzen zur Aufklärung des römischen Rechts geschöpft werden kann.

§. 64.

Videre illi potuerunt, atque significare etiam, quemadmodum scriptum fuerit in codicibus procul dubio emendatis maxime, certe antiquissimis; quo vero sensu quodque fuerit scriptum non magis potuerunt perspicere, quam qui vixerunt postea. Hinc tot eorum in reddendis Veterum sententiis errores, ab aliis deinde animadversi ac notati.

7) WALCH ad Eckhardi Hermenevt. iuris. pag. 548. seqq. Von dem Gebrauch dieser griechischen Rechtsüberbleibsel hat auch Herr Prof. PÜTTMANN in Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud concedenda Cap. III. ein sehr gründliches Urtheil gefällt.

8) *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. iuris civ. pag. 81.

§. 64.

Novellen des K. Leo.

Ausser den Basiliken hat K. **Leo** noch viele neue Verordnungen gemacht, welche unter der Aufschrift Imp. LEONIS *Novellae Constitutiones*, *aut correctoriae Legum repurgationes* einen nicht unbeträchtlichen Anhang des Römischen Gesetzbuchs ausmachen. Sie sind wahrscheinlich zwischen den Jahren 887. und 893. vom Kr. Leo selbst aufgesezt, jedoch nicht einzeln, sondern alle zugleich und auf einmahl in derjenigen Sammlung bekannt gemacht worden, welche wir von ihnen haben [9]). Diese Sammlung besteht aus 113. Novellen, man hat jedoch in neuern Zeiten in verschiedenen Bibliotheken, als in der Wiener, Uffenbachischen, und der des Ant. Augustinus noch manche nicht gedruckte Novellen des Kr. **Leo** entdeckt, welche in unserer heutigen Sammlung nicht befindlich sind [10]). Heinrich **Scrimger** gab die Novellen des K. **Leo** zuerst in ihrer griechischen Ursprache 1558. heraus. Heinrich Agyläus übersezte sie hierauf ins lateinische 1560. Von der Zeit an sind sie auch dem Römischen Corpori iuris angehängt worden, und die erste Ausgabe, in welcher sie nach der Version des Agyläus anzutreffen sind, scheint diejenige zu seyn, welche zu Lyon 1562. in Folio, wahrscheinlich durch die Besorgung des Hugo a Porta herausgekommen ist.

Aa 3 §. 65.

9) S. *Casp. Achat.* BECK de Novellis Leonis Philosophi, earumq. usu et auctoritate lib. sing. cum animadversion. D. *Car. Frid.* ZEPERNICK. *Halae* 1779. 8. Cap. I. §. 5. und ZEPERNICK Praetermissa de vita, reb. gestis, et constitut. in primis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. 13.

10) S. ZEPERNICK ad Beckii lib. de Novellis Leonis pag. 58. et 328. seqq.

§. 65.

Heutiger Gebrauch derselben.

Ob übrigens den Novellen des Kaisers **Leo** eine gesetzliche Kraft in Teutschland beyzulegen sey, ist eine Frage, worüber die Urtheile der heutigen Civilisten nicht mit einander übereinstimmen [11]). Ich meines Theils trage kein Bedenken, auf die Seite der verneinenden Parthey zu treten. Denn prüft man die Gründe, aus welchen einige Rechtsgelehrte verleitet worden sind, jenen Novellen ein legales Ansehen in Teutschland zuzueignen, so wird man finden, daß ein offenbarer Trugschluß hierbey zum Grunde liegt. Weil sie gefunden, daß in unsern Gerichten das nämliche, was diese und jene Verordnung des Kaisers **Leo** enthält, gleichfalls beobachtet wird, so glauben sie, hieraus die in Teutschland geschehene Aufnahme jener Novellen folgern zu können;

11) Unter denen, welche für den heutigen Gebrauch der Novellen des Kaisers Leo streiten, hat sich *Caspar Achat.* BECK am meisten ausgezeichnet, dessen sehr gelehrte Abhandlung de Novellis Leonis earumque usu et auctoritate besonders nach der neuesten Ausgabe, Halle 1779. 8. die durch die vortrefflichen Bemerkungen und eignen Abhandlungen des gelehrten Herrn Directors Zepernick einen so vorzüglichen Werth erhalten, daß sie zu den classischen Schriften der eleganten Rechtsgelahrtheit allerdings zu zählen ist, schon mehrmalen bisher angeführt worden. Allein wie wenig überzeugend die von Beck mühsam zusammengehäuften Gründe sind, haben der sel. Assess. SEGER in Diss. de Leonis Philos. constitutionum Novellarum auctoritate *Lipsiae* 1767. vorzüglich aber der gedachte Herr Dir. D. ZEPERNICK in Coniecturis, quibus ex caussis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant, beym Beck p. 403—552. gründlichst dargethan.

nen; — gerade als ob dies nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Es läßt sich also daraus so wenig eine allgemeine Reception aller Novellen des Krs Leo, als eine besondere Aufnahme einzelner Verordnungen dieser Art erweisen. Denn wenn, um nur einige Beyspiele hiervon anzuführen, heutiges Tages die Conventionalstrafe bey Verlobungen zugelassen wird, so ist der Grund davon keinesweges in der Aufnahme der Novellae XVIII. Leonis zu setzen, sondern weil die Gründe, aus welchen das Justinianeische Recht den Anhang einer solchen Strafe bey Verlobungen für ungültig erklärt, in Teutschland gänzlich wegfallen, und daher selbige nach den Sitten der Teutschen von jeher für verbindlich gehalten worden ist [12]), zumahl hiermit auch die Vorschriften des kanonischen Rechts [13]) übereinstimmen, als nach welchen eine Conventionalstrafe nur bey den Verlobungen der Unmündigen für unverbindlich erkläret wird. Eben so vergeblich leitet man die heutige Gültigkeit der Erbverträge von der Reception der Nov. Leonis XIX. ab; da solche doch bekanntermassen bey den Teutschen schon längst vor Einführung des römischen Rechts üblich gewesen, und für ver-

12) Dies beweisen die Beyspiele, die man schon vorher bey den Teutschen von solchen den Eheverlöbnissen angehängten Conventionalstrafen findet, ehe einmahl die Novellen des Krs Leo in Teutschland bekannt worden sind, welche *Io. Aug.* HELLFELD in Diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae *Ienae* 1760. §. XXIX. und Dir. ZEPERNICK in den angeführten Coniecturis Cap. I. §. XIV. p. 483. seqq. gesammlet haben.

13) *cap.* 29. *X. de sponsal.*

verbindlich gehalten worden sind [14]). Ich übergehe mehrere Beyspiele, und bemerke nur noch, daß so wenig das Ansehen der so genannten pragmatischen Juristen, als die Urtheile und Entscheidungen einiger Gerichtshöfe, welche diese oder jene Novelle des Krs Leo, vielleicht aus blosem Irrthum, angeführt haben, gegen die in Teutschland angenommene Regel; quidquid non agnoscit glossa, illud non agnoscit curia, welche diesen Novellen alles legale Ansehen in den Gerichten schlechterdings abspricht, etwas gelten können. Ja ich zweifle sogar noch, ob diese Novellen zur Erklärung des wirklich geltenden Justinianeischen Rechts überall denjenigen theoretischen Nutzen haben möchten, welchen ihnen doch wenigstens selbst diejenigen Rechtsgelehrten beylegen wollen, die übrigens die verbindende Kraft derselben gänzlich läugnen [15]). Denn wie wenig es dem K. Leo mit aller seiner Philosophie geglückt habe, in den Geist derjenigen römischen Verordnungen einzudringen, die er in seinen Novellen hat reformiren wollen, wie unbillig daher oft sein Tadel, und wie unnöthig und grundlos oft seine Abänderungen des Civilrechts sind, kann niemanden unbekannt seyn, der mit Aufmerksamkeit diese Novellen gelesen hat [16]). Eben dieses ist auch von den übrigen Verordnungen der nach-

14) S. ZEPERNICK am angef. O. §. XVI. S. 498. u. folg.

15) GALVANUS de usufructu Cap. XXX. n. IV. p. 377. *edit. Tubingens.* GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. I. cap. 136. HILLIGER in Donello enucleat. Lib. XXVI. c. 2. lit. A. *Chr. God.* HOFFMANN Histor. Iuris. Lib. II. c. 2. §. 17.

16) Der Kürze wegen beziehe ich mich hier wieder auf die Anmerkungen des Herrn Dir. Zepernick zum Beckischen Tractat de Novellis Leonis p. 124. seqq. und Desselben Coniecturas Cap. I. pag. 406. seqq.

nachfolgenden Orientalischen Kaiser zu behaupten, die unter der Aufschrift Imperatoriae Constitutiones zuerst vom Charondas aus des BONEFIDII *iure orientali* den Novellen des Leo beygefügt worden sind [17]).

§. 66.

Postjustinianeisches Recht im Occident.

Nun zulezt noch ein Wort von den im Occident nach Justinians Zeiten verfaßten Sammlungen römischer Gesetze, welche vorzüglich den von den Barbaren unterjochten occidentalischen Römern zum Gebrauch dienten. Eine solche Sammlung scheint diejenige zu seyn, die erst vor Kurzen Paul Canciani [18]) aus einem Codex der Domkirche zu Udien unter der Aufschrift: Lex romana barbaris regnantibus observata in Italia, ediret hat, und einen Auszug eines Theils des justinianeischen Gesetzbuchs enthält. Besonders aber zieht unsere Aufmerksamkeit eine andere ähnliche Sammlung dieser Art auf sich, welche Heinrich Christ. von Senckenberg unter dem Titel: *Brachylogus iuris civilis*, sive, *Corpus legum paulo post Iustinianum conscriptum*, mit den Anmerkungen Ludwig Pesnots, Pard. Pratejus und Nicol. Reusners zu Frankfurt und Leipzig 1743. 4. edirt hat [19]). Verfasser, Zeitalter, Ort und Veranlassung die-

 ses

17) *Christfr.* WAECHTLER Opuscul. pag. 592. seqq.

18) Barbarorum Leges antiquae cum notis et glossariis Vol. IV. *Venetiis* 1789. f. pag. 461. seqq.

19) Dieser sogenannte Brachylogus erschien zuerst unter dem Titel: *Corpus legum per modum Institutionum ab incerto auctore in compendium redactum. Lugduni* 1543. hernach *Lovanii* 1551. und

ses Buchs sind völlig unbekannt. **Senkenberg** sezte es dem Alter nach wenigstens in die Zeiten K. Justinus II. und schrieb ihm dem Inhalte nach sogar grössere Vollständigkeit, als dem justinianeischen Gesetzbuche selbst zu; allein die Beweise für diese Meinung sind nicht überzeugend [20]). Daß inzwischen dennoch diesem Brachylog, so wie der vorhingedachten Lex Romana der theoretische Nutzen nicht abgesprochen werden kann, hat keinen Zweifel, daher selbige wenigstens in dieser Rücksicht anzuführen gewesen sind.

B.

Vom Canonischen Rechte.

---

§. 67.

Begriff und heutige Gültigkeit desselben.

Unter den in Teutschland geltenden fremden Rechten, die wir als Quellen unserer heutigen Privatrechtsgelahrtheit anzusehen haben, behauptet nun auch noch insonderheit das **Canonische Recht** seinen Platz, welches hier den Inbegriff der in dem Corpore iuris canonici enthaltenen Kirchlichen und Päbstlichen Verordnungen bezeichnet. Die vorhergegangenen Sammlungen des ältern canonischen Rechts

und steht auch Vol. V. des *Corporis iuris Rom.* welches bey den Gebrüdern *Sennetons, Lugduni* 1549. u. 50. herausgekommen ist. S. *Christ.* SAX in Onomast. litterar. P. II. pag. 537. und *Andr. Guil.* CRAMER Dispunctionum iur. civ. lib. sing. Cap. XII.

20) S. PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinentium Specim. II. Cap. 7.

Rechts [21]) betrachten wir also in dieser Hinsicht nur als Hülfsmittel zur Geschichte und Erklärung desselben. Daß nun dieses canonische Recht [22]) eine allgemeine verbindliche Kraft in Teutschland habe [23]), und eben so gut, wie das Justinianeische Recht, in den teutschen Reichsgesetzen theils ausdrücklich und namentlich [24]), theils stillschweigend unter dem allgemeinen Ausdruck der gemeinen Rechte bestättiget worden [25]), ist eine Wahrheit, die wohl billig zu den völlig ausgemachten und daher ganz unbestrittenen gehört; so wie es denn überhaupt auch eben so bekannt ist, daß sich das päbstliche Recht noch nach der Reformation selbst unter den Protestanten im beständigen Werthe und Ansehen erhalten habe, so sehr sich auch Luther bemühete, dasselbe aus den evangelischen Gerichten gänzlich zu verdringen und auszurotten [26]). Allein wenn die Frage ist, wie weit

21) Von diesen habe ich umständlich gehandelt in meinen Praecognit. Iurispr. Eccles. Cap. III. Sect. II. §. 170. seqq.

22) Eine Notiz von dem ganzen canonischen Gesetzbuche habe ich in meinen vorhin gedachten Praecognitis p. 31—91. gegeben.

23) S. Pütters Abhandl. wie das päbstl. canonische Recht in Teutschland aufgekommen? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Theil (Göttingen 1770.) N. XXV. S. 53. und *Ios. Ant.* RIEGGER Diss. de receptione corporis iuris canonici in Germania; in Desselben *Opusculis ad Histor. et Iurisprud. praecipue ecclesiast. pertinent.* Friburgi. 1773. p. 197. seqq.

24) Reichshofraths-Ordnung Tit. 7. §. 24.

25) Kaiserl. Kammergerichts-Ordnung Th. I. Tit. 71. Neuester Reichsabschied §. 105.

26) Die Gründe, warum die gänzliche Abschaffung des canonischen und päbstlichen Rechts bey der Reformation nicht möglich

weit das canonische Recht in den teutschen, und besonders evangelischen Gerichten gelte? so finden wir hierin eine grosse Verschiedenheit in den Meinungen der Rechtsgelehrten, indem einige den Gebrauch des canonischen Rechts blos auf einzelne Materien einschränken, andere hingegen denselben durch gewisse Regeln zu bestimmen suchen. Um mich jedoch hierüber kurz fassen zu können, so will ich mich auf die unten angeführten [27]) Schriften beziehen, worin man die verschiedenen Meinungen geprüft finden wird, und gleich mit wenigen Worten meine Meinung sagen, welche in folgendem Satze enthalten ist: **das canonische Recht hat in soweit noch heutiges Tages in Teutschland eine unstreitige Gültigkeit, als die darin enthaltenen Vorschriften nicht andern in Teutschland geltenden Gesetzen, welche diesem Rechte vorzuziehen, zuwider sind, und selbige überhaupt mit der heutigen Verfassung Teutschlands und dem Zu-**

lich gewesen, habe ich in meinen angeführten Praecognitis p. 332. seqq. angeführt.

27) Ich will unter den hierher gehörigen genugsam bekannten Schriften vorzüglich des sel. Canzlers Just. **Henning Böhmer** beyde Abhandlungen 1) de praxi iuris canonici in terris protestantium *Halae* 1712. 2) de media via in studio et applicatione iuris canonici inter Protestantes tenenda, in EIUS *Exercitat. ad Pandect.* T. I. p. 344. und das neueste Programm meines unvergeßlichen Freundes des sel. Hofraths **Schott** de auctoritate iuris canonici inter evangelicos recepti eiusque usu apte moderando. *Erlangae* 1781. empfohlen haben. Man sehe auch H. Prof. *Emminghaus* ad COCCEJI ius civ. controv. in Prolegom. Qu. 7. Not. d. et e.

Zustande der teutschen, insbesondere aber der protestantischen Kirche, bestehen können [28]). Daß nach dieser Regel das canonische Recht heutiges Tages nicht mehr in allen Stücken diejenige Gültigkeit behaupten könne, die dasselbe anfangs und bey der Einführung desselben in Teutschland gehabt, ist ausser allem Zweifel, wenn man bedenkt, wie sehr seit der Zeit die Verhältnisse der päbstlichen zur weltlichen Macht sich verändert, und was seit der Reformation der Zustand der teutschen Kirche, als welche von dieser Zeit an sich in zwey Hauptpartheyen, die catholische und protestantische, theilt, für eine grosse Veränderung erlitten hat. Es ist demnach ganz natürlich, daß durch die Reformation schon an und für sich alle diejenigen Gesetze des canonischen Gesetzbuches soweit ihre Gültigkeit verlohren haben, als dieselben mit dem Zustande der durch die Reformation entstandenen neuen protestantischen Kirche nicht bestehen können. Da aber dieser Zustand der protestantischen Kirche theils aus der Verschiedenheit der Religion selbst, theils aus der Verschiedenheit der innern Verfassung dieser Kirche von der katholischen Kirchenhierarchie entsteht: so erhellet hieraus, daß alle die im canonischen Rechte enthaltenen Gesetze mit dem Zustande der protestantischen Kirche nicht bestehen können, welche entweder den Grundsätzen der protestantischen Religion oder der innern Verfassung dieser Kirche entgegen sind. Wie nothwendig ist es demnach nicht, daß man sich

28) Man sehe hier vorzüglich Nettelbladts Abhandlung von den wahren Gründen des protestantischen Kirchenrechts. §. 6. und Desselben System. elem. iurispr. positivae Germ. §. 179. p. 101.

sich einen richtigen Begriff von dem heutigen Zustande, sowohl der evangelischen als der catholischen Kirche mache, daß man ferner eine genaue Kenntniß der verschiedenen Lehrsätze der catholischen und protestantischen Theologie habe, und überall das canonische Recht aus seinen rechten Gründen herleite, um heutiges Tages bey der so grossen Verschiedenheit unserer Zeiten von jenen, aus welchen das canonische Gesezbuch herrührt, keinen unrichtigen Gebrauch davon zu machen [29]? Auch selbst unter den Katholiken hat das canonische Recht viel von seiner Gültigkeit verlohren, und kann daher nicht anders als mit groser Behutsamkeit unter denselben angewendet werden, indem nicht nur das Tridentinische Concilium und andere neuere bey ihnen geltende Gesetze beträchtliche Abänderungen desselben enthalten, sondern auch das ganz im Tone einer allgemeinen und obersten geistlichen Macht von den Päbsten abgefaßte canonische Gesezbuch durchaus nicht mit dem heutiges Tages herrschenden Episcopalsystem bestehen kann. Nicht zu gedenken, daß die heutige durch den Religions- und Westphälischen Frieden festgestellte Verfassung des teutschen Reichs, und die reichsgesezmäsige Bestimmung der Grenzen zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit viele Verordnungen des canonischen Rechts ganz unanwendbar macht [30]. Daß übrigens durch das canonische Recht in den

29) S. *Io. Heinr. de* BERGER Progr. de genuino iuris canonici usu; seu de summa circumspectione et cautione in legendo iure canonico eiusque Interpretibus doctori Protestantium adhibenda. *Viteb.* 1706. und in Desselben *Philocalia fori,* p. 173. auch meine Praecognita iuris Eccles. p. 82. seq.

30) So z. B. ist es ein Grundsatz des canonischen Rechts, daß causae iuramentorum vor die geistliche Gerichtsbarkeit gehören, c. 34.

den Materien des römischen Civilrechts manche wichtige Veränderungen gemacht worden sind, ist zwar überhaupt bekannt genug; nur dürfen wir hierin nicht allzuvoreilig seyn, und gleich eine jede päbstliche Verordnung, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts nicht übereinzustimmen scheint, für eine Abänderung des leztern halten, indem die Päpste zuweilen nur eine locale Gewohnheit bestättiget, oder zum Grunde ihrer Entscheidung genommen haben [31]). Es ist auch unläugbar, daß manche Irrthümer aus der Glosse des römischen Rechts in die Decretalen geflossen sind [32]). In wiefern nun in solchen Fällen, da das canonische

c. 34. *X. de Elect. c.* 8. *X. de arbitris, c* 13. *X. de iudic. c. fin. de foro compet.* in *6to* und nur die Päbste allein glaubten als Christi Vicarien berechtigt zu seyn, von der Verbindlichkeit der Eide loszusprechen, und überhaupt über die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben zu urtheilen. *c.* 34. *X. de elect.* Daß die Päbste dieser Grundsätze blos als Nahrungsmittel ihrer Herrschsucht über Monarchen und Unterthanen sich bedient, sahen Fürsten und Laien schon in jenen finstern Zeiten ein, und heutiges Tages zweifeln weder Catholiken noch Protestanten mehr daran, daß der ordentliche Richter, vor welchem der Rechtsstreit schwebt, er sey ein geist- oder weltlicher, über einen Eyd erkennen, und ihn aus rechtmäßiger Ursach für nichtig erklären könne. S. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. cap. II. §. 123. und EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 394. Not. i. pag. 444.

31) Beyspiele davon geben *c.* 10. und 13. *X. de testament.* weshalb *Phil.* HEDDERICH Dissertat. iuris eccles. germ. Vol. I. *Bonnae* 1783. 4. p. 69. seqq. und meine Opuscula. Fascic. I. pag. 145. seqq. nachgesehen werden können.

32) S. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VIII. §. 339. seqq. und WALCH in notis ad Eundem.

sche und römische Gesezbuch sich in ihren Vorschriften widersprechen, das eine vor den andern den Vorzug behaupte, werde ich weiter unten bestimmen, wenn ich auf die Ordnung komme, in welcher die in Teutschland vorhandenen mancherley Privatgeseze bey ihrer Anwendung auf einander folgen.

2. Abschnitt.

von

den in Teutschland geltenden einheimischen Gesetzen, welche wir als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit anzusehen haben.

---

§. 68.

Eintheilung der teutschen Gesetze in alte, mittlere und neue.

Wir schreiten nun zur zweiten Hauptclasse von Quellen unserer bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit, welche die in Teutschland geltenden **einheimischen Geseze** ausmachen. Auch hier würde es ganz wider meine Absicht seyn, wenn ich mich in eine umständliche historische Entwickelung des Ursprungs und Schicksale dieser Gesetze einlassen wollte, da ich die Kenntnis der Rechtshistorie bey meinen Lesern billig voraussetzen kann [33]. Es ist mir also zu meinem Zweck

33) Zum Ueberfluß empfehle ich hierbey SILBERRAD ad Heineccii histor. jur. germ. Heumanns Geist der Gesetze der Teutschen, Fischers Litteratur, und Geschichte des teutschen Rechts, *de* SENCKENBERG Visiones de collecti-

Zweck hinreichend, die teutschen Gesetze nur lediglich in Rücksicht ihres heutigen Gebrauchs in die alten, mittlern und neuen einzutheilen. Zu den teutschen Gesetzen der erstern Art rechne ich theils die Gesetze der alten teutschen Völker, die Salischen, Ripuarischen, Alemannischen, Bayerschen, Friesischen, Sächsischen u. s. w. (Autor §. 76.) welche ausser Herold, Lindenbrog und Georgisch, neuerlich Paul Canciani [34]) wieder herausgegeben; theils die Capitularien der Fränkischen Könige, wovon Stephan Baluze [35]) unstreitig die beste und richtigste Ausgabe geliefert, und von welcher zu Paris durch Peter von Chiniac eine neue vermehrte und verbesserte Auflage besorgt worden [36]). Die Gesetze des mittlern Alters sind vorzüglich in den zu diesen Zeiten erschienenen Sammlungen, nämlich dem Sachsenspiegel, Schwabenspiegel,

lectionibus Legum germanicarum, und besonders Hrn. Professors D. *Christ. Gottl.* BIENER Commentarii de origine et progressu Legum iuriumque germanicor. P. I. Lipsiae 1787. et P. II. *Lips.* 1790. 8.

34) Barbarorum leges antiquae cum notis et glossariis. Accedunt formularum fasciculi et selectae constitutiones medii aevi. Collegit, plura notis et animadversionibus illustravit, monumentis quoq. ineditis exornavit *F. Paul* CANCIANI *ord. Serv. B. Mariae Virg. S. T. D.* Vol. I. *Venetiis* 1781. Vol. II. 1783. Vol. III. 1785. Vol. IV. 1789. Fol.

35) Capitularia Regum Francorum. Additae sunt Marculfi Mon. et aliorum formulae veteres et notae doctiss. viror. *Steph.* BALUZIUS in unum collegit, notis et indice illustravit. Paris 1677. Venet. 1772. 1773.

36) *Lutetiae Paris.* 1780. Fol.

gel, Kaiserrechte u. s. w. enthalten [37]). Endlich die seit der öffentlichen Einführung des römischen Rechts bis auf unsere Zeiten erschienene teutsche Privat-Gesetze gehören zur dritten Classe, nämlich zu den neuen teutschen Privatgesetzen. Z. B. die im Jahr 1512. publicirte Notariatsordnung Maximilians I. K. Carls V. Edict von der Erbfolge der Bruderskinder de 1529. Desselben Polizeyordnung vom Jahr 1530. Ferner die unter K. Rudolph II. im Jahr 1577. reformirte Polizeyordnung, der sogenannte jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654. Desgleichen der bekannte Reichsschluß von Abschaffung der Mißbräuche bey Handwerkern, welcher am 16. August 1731. bekannt gemacht, und im Jahr 1772. erneuert und mit neuen Bestimmungen vermehret worden u. s. w. [38]).

§. 69.

Vom heutigen Gebrauch der alten und mittlern teutschen Rechte.

Ob nun wohl jene alten und mittleren teutschen Rechte, soviel deren heutigen Gebrauch anbetrift, zur Aufklärung des heutigen teutschen Rechts in solchen Geschäften, welche blos aus teutschen Sitten und Verfassungen ihren Ursprung herleiten, und aus denselben zu entscheiden sind, aller-

37) S. *de* SENCKENBERG et *de* KOENIGSTHAL Corpus iuris germ. publici et privati.

38) Siehe Neue Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen T. I — IV. Frankf. 1747. Fol.

allerdings ihren grosen Nutzen haben [39]), indem hier, ohne die gröste Verwirrung zu veranlassen, die Grundsätze des römischen Rechts nicht angewendet werden können (§. 60.); so läßt sich doch deshalb eine allgemeine und unstreitige Gültigkeit derselben heutiges Tages nicht erweisen, da eines Theils noch vielen Zweifeln unterworfen ist, ob selbige ehedem in Teutschland wirklich so allgemein eingeführt gewesen, als vorgegeben wird, indem es vielmehr an allgemeinen Gesetzen im teutschen Privatrechte, auch von ältern Zeiten her, fast gänzlich mangelt [40]); andern Theils aber, wenn auch ein solches allgemeines teutsches Recht in den ältern Zeiten als erwiesen angenommen werden könnte, dennoch in den neuern Zeiten, und zwar schon seit mehrern Jahrhunderten her das Römische und andere gemeine Rechte einen solchen Eingang in Teutschland gefunden haben, daß sie nunmehr unstreitig zur gesezmäsigen Richtschnur dienen, mithin es heutiges Tages immer quaestio facti ist, ob eine dergleichen Gewohnheit des alten und mittlern teutschen Rechts, als man anführt, sich bis auf den heutigen Tag wirklich erhalten habe, welches daher nicht vermuthet werden kann, sondern von demjenigen, welcher es behauptet,

39) David Georg Strubens Abhandlung von dem Mißbrauch und guten Gebrauch der alten teutschen Rechte, in Desselben Nebenstunden V. Theil S. 1—82.

40) *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Progr. de praeiudicio iuris germ. in caussis privatis Frfti 1750. und *Frid. Henr.* MYLII Diss. de genuino iuris germ. univ. hodierni civilis conceptu. Lips. 1751. auch Desselben Diss. de iure consuetudinario universali Germaniae medii aevi. Lips. 1756.

bewiesen werden muß [41]). Nicht zu gedenken, daß überhaupt die noch heutiges Tages vorhandenen Sammlungen alter teutscher Rechte und Gewohnheiten meist Privatwerke sind, welche auch nie durch kaiserliche Verordnungen eine allgemein verbindende gesetzliche Kraft erhalten haben; daher ihrer auch weder in der Cammergerichts- noch Reichshofrathsordnung unter den heutigen Rechten, wornach gesprochen werden soll, Erwähnung geschiehet. Hieraus ergiebt sich also die Regel, welche heutiges Tages nicht nur von den bewährtesten teutschen Rechtsgelehrten [42]) angenommen,

41) S. Tafinger über die Bestimmung des Begrifs der Analogie des teutschen Privatrechts 1. Th. §. 31. ff. S. 101. fgg. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, weil die Abschaffung eingeführter Gewohnheiten nicht zu vermuthen, z. B. Herr von Senkenberg in den Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauche des uralten teutschen Rechts. Kap. 3. §. 13. und Hr. Prof. Fischer in seiner Litteratur des germanischen Rechts §. 168. und in s. Entwurfe einer Geschichte des teutschen Rechts §. 28. Allein Hr. Prof. D. KIND in Progr. de Speculi Saxonici usu et auctoritate Lipsiae 1783. §. IV. u. folg. und besonders der Hofgerichts-Assessor Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 39. S. 123. ff. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

42) CARPZOV P. II. Const. 35. def. 8. n. 4. RICHTER Decis. 28. n. 15. SCHILTER Praxi Iur. Rom. Ex. I. §. 13. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de consult. legib. et iudic. in special. rom. germ. imp. rebuspubl. §. XV. STRYCK praefat. Us. Mod. Pand. §. XXVII. *Io.* WERLHOF Spec. I. de iure germanis patrio p. 182. seq. *de* LUDOLF Observat. forens P. III. Obs. 222. p. 426. Pütter in Rechtsfällen I. Band. S. 157. und II. Band S. 202. *de* SELCHOW Elem. iuris germ. privati hodierni §. 36. Run-

nommen, sondern auch selbst im teutschen Gerichtsgebrauche [43]), ja selbst bey den höchsten Reichsgerichten [44]) eingeführt ist, daß die ursprünglich teutschen Rechte und Gewohnheiten des alten und mittlern Zeitalters nur in so weit heutiges Tages mit Grunde angeführet werden können, so fern erweislich ist, daß solche in dem Lande oder in der Stadt oder Familie, wovon die Rede ist, bis auf den heutigen Tag durch Statuten, Verträge, oder Herkommen beybehalten worden.

§. 70.

Von der Gültigkeit und Erklärung der neuen teutschen Privatgesetze. Erläuterung der Regel: *Statuta interpretanda sunt ex iure communi.*

Die neuern teutschen Privatgesetze sind in Ansehung ihrer Gültigkeit von zweyerley Art, gemeine, nämlich Reichsprivatgesetze, und teutsche Particulargesetze, nämlich Landes- und Stadtgesetze. Wir bemerken hiervon folgendes:

 1) Wenn

Rundens Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 20. u. 39. und Danz in dem angef. Handbuche 1. Th. S. 66. u. 132.

43) *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. XII. pag. 365. seqq. und pag. 422. seqq. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de proëdria Legum Iustinianearum prae iure patrio antiquo in foris Germanorum. Lipsiae 1739. und die in voriger Note angeführte Pragmatiker bestärken diesen Gerichtsgebrauch durch die von ihnen angeführten vielen Beyspiele.

44) S. *Io. Ulr. L. B. de* CRAMER Observat. iur. univ. T. I. Obs. 422.

1) Wenn ein teutsches Reichs- oder particuläres Landesgesetz oder Statut gewisse Verordnungen der gemeinen in Teutschland recipirten fremden Rechte ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben, so ist davon weiter kein Gebrauch zu machen [45]). Denn die fremden Rechte sind nur als Hülfsrechte in Teutschland angenommen (Aut. §. 79.), und müssen also den teutschen Gesetzen weichen, wenn sie durch dieselben abgeändert worden sind. So z. B. gehen in Vormundschaftssachen, desgleichen in der Materie von Zinsen die Reichsgesetze von dem römischen Recht ganz ab. Es kommt also hierin heut zu Tage auf die Vorschriften der gemeinen Reichsgesetze hauptsächlich an. Eben so ist es, wenn z. E. ein Stadtgesez deutlich besagt, ein Erblasser sey nicht gehalten, seinen Geschwistern etwas zu vermachen [46]), der Richter kann hier nicht die Ausnahme hinzu denken, wenn eine ehrlose Person zum Erben eingesezt, und den Geschwistern vorgezogen worden [47]).

2) Wenn hingegen eine Verordnung in den teutschen Reichs- oder particulären Landes-

45) S. Westphals teutsches und Reichsständisches Privatrecht 1 Th. 1. Abh.

46) Nürnberg. Reformation Tit. XXIX. n. 8.

47) Anderer Meinung sind zwar Struben in Nebenstunden V. Th. 32. Abh. §. 12 und *Io. Mich. Frid.* LOCHNER in Select. iuris universi, oder Sammlung verschiedener in die Rechtsgelehrsamkeit gehöriger Materien und Fälle. II. Stück N. I. S. 146. Allein man sehe vorzüglich *Ge. Christ. Alb.* SPIES Diss. de cauta germanicorum mixti generis statutorum interpretatione. Altorf. 1764. §. IX.

desgesetzen aus dem fremden Rechte herfließt, und diese unvollständig, oder dunkel und zweifelhaft, in dem fremden Rechte aber weit deutlicher bestimmt ist, so ist sie aus diesem allein füglich zu erklären, in so weit nämlich das einheimische Gesez mit dem fremden Rechte einstimmig ist [48]). Denn jedes Gesez muß aus seiner Quelle erkläret werden. Wenn demnach z. B. ein Reichs- oder Landesgesez von Testamenten, oder von den Wirkungen der römischen väterlichen Gewalt disponirt, so ist ein solches, wenn es undeutlich und unvollständig ist, allerdings aus dem römischen Rechte zu erklären. Eben deswegen kann auch die Vorschrift der Reichsgesetze, welche die Grösse rechtmäsiger Zinsen auf 5. pro Cent festsetzen, nicht mit Ausschliessung derjenigen Fälle verstanden werden, wo die fremden Rechte Ausnahmen machen, und mehr als sonst gewöhnliche Zinsen erlauben, als z. B. wenn der Gläubiger die Gefahr des Capitals trägt, wie bey Assecuranzen, Bodmerey und Leibrenthen Contract. Denn die Verordnung der Reichsgesetze ist wirklich unbestimmt und zweifelhaft, weil sie eigentlich nur von Verzugszinsen redet.

3) Wenn ein einheimisches Gesez von solchen Gegenständen redet, die ganz teutschen Ursprungs sind, und bey deren Erklärung man das römische Recht sehr übel und unschicklich anwenden würde, so muß dassel-

48) S. *Christ. Gottl.* RICCIUS von Stadtgesetzen oder Statutis. II. Buch. XI. Hauptst. §. 12. S. 447. und folgg.

be aus einheimischen Grundsätzen, d. i. aus ächten teutschen Rechten und Gewohnheiten seine Erläuterung bekommen [49]). Dieses folgt ebenfalls daraus, weil Gesetze aus ihrer Quelle zu erklären sind. Man setze z. B. ein Statut oder teutsches Particulargesetz rede von der Gemeinschaft der Güter unter Ehegatten, oder von der statutarischen Portion derselben, oder von der ehelichen Errungenschaft; oder vom Wittum, oder der Einkindschaft, u. d. m. es wäre aber dergleichen Statut nicht ganz deutlich, und unvollständig, so ist dasselbe aus dem, was gemeiniglich bey diesen Gegenständen teutschen Rechtens zu seyn pflegt, zu ergänzen und zu erklären. Dies ist der Sinn der bekannten Regel: daß die teutschen Particulargesetze aus dem gemeinen Rechte zu erklären. (*Statuta interpretanda sunt ex iure communi*) [50]). Gemeines Recht ist also nicht allein das fremde in Teutschland aufgenommene Recht, sondern auch gemeines teutsches Recht, was unsere Reichsgesetze enthalten, oder gemeine Gewohnheiten mit sich bringen [51]).

4) Sind

49) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Ulr.* CRAMER Diss. de interpretatione statutorum. *Marburgi* 1739. Cap. II. §. 8. und des um die Litteratur so verdienten Hrn. D. Joh. Christ. Koppe schönes Programm über die nothwendige Kultur und Erlernung des teutschen Privatrechts. Rostock 1789. 4.

50) *Sim. Pet.* GASSER Diss. de brocardico vulgari, *statuta ex iure communi esse interpretanda.* FREISLEBEN Diss. de interpretatione statutorum ex iure communi. RIVINUS num iura statutaria dubia vel obscura ex iure Rom. declarari vel suppleri debeant. HOMMEL Rhapsod. Obs. 660. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Th. §. 84. S. 348. folg.

51) S. Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. S. 106.

4) **Sind teutsche Particulargesetze aus andern statutarischen Rechten erzeugt worden, so müssen sie aus diesen ihren Müttern zunächst erkläret werden** [52]. Denn diese sind die Quellen, woraus jene geflossen sind. Man muß daher die Erzeugung eines statutarischen Rechts aus dem andern kennen, und diese lehrt uns die teutsche Rechtsgeschichte. So z. B. sind aus dem Söster-Stadtrecht das Lübische, Hamburgische, Mindensche, Lippische u. a. m. entstanden. Uebrigens finden

5) **bey Erklärung teutscher, sowohl allgemeiner als particulärer, Gesetze die gemeinen Grundsätze der Auslegungskunst statt.** Es ist daher eine ganz irrige und längst verworfene Meinung, wenn man ehedem sich überredete, daß Statuten jederzeit streng nach den Worten erklärt werden müßten [53]. So z. B. gilt die in vielen Gegenden Teutschlands aus dem Sächsischen und Lübischen Recht angenommene Regel: **Hand muß Hand wahren**, nicht allein bey Versetzungen und Verleihungen, sondern man wendet sie auch bey Hinterlegung der Sachen, gegebener Vollmacht, und ähnlichen Fällen an; weil in dem einen wie in den andern Falle der Grund dieser Regel eintritt, welcher in der Erhaltung des gemeinen Glaubens und Zutrauens im Handel und Wandel zu suchen ist. Endlich

6) versteht sichs von selbst, daß wenn die besondern teutschen Gesetze von den Reichs-Privatgesetzen abgehen, oder

52) **Westphal** a. a. O. §. 17.

53) ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. II. c. I. §. 18. seqq.

oder in den Stadtgesetzen ein oder der andere Artikel anders als in den Landesgesetzen abgefasset ist, das besondere Gesez nur allein zur Entscheidung dienen könne. Dies will die bekannte Regel: Stadt - Recht bricht Landrecht, Land - Recht bricht gemeines Recht [54].

§. 71.

In welcher Ordnung folgen die in Teutschland geltende mancherley Gattungen von Privatgesetzen bey ihrer Anwendung auf einander? Erste Regel.

Da es nun also in Teutschland so mancherley Rechtsquellen giebt, aus welchen die Grundsätze des bürgerlichen Privatrechts herzuleiten sind, so kann es nicht anders seyn, als daß sie sich oft in ihren Vorschriften widersprechen müssen. Es entsteht also die Frage, welches Recht im Collisions-Falle den Vorzug vor dem andern habe, und in was für einer Ordnung die mancherley Gesetze, von welchen wir bisher gehandelt haben, bey ihrer Anwendung auf einander folgen [55]? (Aut. §. 81.) Hier finden nun folgende Regeln statt.

I. Die

54) RICCIUS a. a. O. IX. Hauptst. S. 424. und folgg. Eisenharts Grundsätze des T. Rechts in Sprüchwörtern S. 1. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXII. S. 23.

55) S. Hrn. Hofr. Schnauberts Abhandl. in was für einer Ordnung folgen die mancherley Entscheidungsquellen bey ihrer Anwendung auf Privatsachen auf einander; in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht I. Th. N. IV. S. 54—61. und NETTELBLADT System. elem. iurispr. pos. Germ. comm. §. 181.

I. Die in Teutschland geltenden einheimischen Gesetze und Gewohnheiten gehen den in Teutschland recipirten fremden Rechten vor. Denn letztere sind nur als Hülfsrechte angenommen, und leiden folglich nicht eher Anwendung, als wenn es an einheimischen anwendbaren Rechten fehlt [56]). Ob nun gleich die neuern teutschen Reichs- und Landesgesetze, Statuten und Gewohnheiten ohne alle Einschränkung den Vorzug vor den fremden Rechten behaupten; so ist doch in Ansehung der ältern bereits vor Einführung des römischen Rechts in Teutschland üblich gewesenen teutschen Rechte und Gewohnheiten, und derjenigen, welche in den Rechtssammlungen des Mittelalters, nämlich dem Sachsenspiegel, Schwabenspiegel u. s. w. enthalten sind, ein Unterschied unter den gemeinen Privatpersonen und unter den erlauchten Personen des teutschen Reichs zu machen; indem selbige in Ansehung der erstern nur allein in sofern dem fremden Rechte vorgehen, als sie beybehalten worden sind, und deren Observanz von demjenigen erwiesen werden kann, der sich in denselben gründet, da im Gegentheil das alte und mittlere teutsche Recht unter den erlauchten Personen mehr im Gebrauch geblieben ist [57]).

§. 72.

56) Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 15. Pütters Abh. von dem Verhältniß der fremden und einheimischen gemeinen Rechte, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. Nr. XXVIII.

57) S. Joh. Luc Steins Disquis. hist. iurid. an, et quatenus iuri Rom. competat praerogativa prae veteri iure germ. in decidendis controversiis iudicial. *Rostock.* 1747. 8. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de proëdria Legum Iustinian. prae iure patrio anti-

§. 72.

Zweyte Regel.

Insofern nun aber unter mehrern **einheimischen** Gesetzen ein Widerspruch sich findet, so **gehen die besondern teutschen Privatgesetze in der Regel den gemeinen Reichsgesetzen vor**, es wäre denn, daß die Entscheidung der vorliegenden Sache in einem durchaus und schlechterdings gebietenden oder verbietenden Reichsgesetz gegründet wäre, in welchem Falle sodann ein solches die erste und einzige Entscheidungsquelle seyn wird, weil gegen ein solches Gesetz keine widrige Verordnung statt findet (§. 24.). Z. B. Wenn eine streitige Handwerkssache schon im Reichsschluß vom Jahr 1731. wegen der Handwerksmißbräuche entschieden ist, so muß dieses Reichsgesetz ohne Rücksicht auf besondere Statuten und Artikel sogleich angewendet werden.

§. 73.

antiquo in foris germanor. *Lipsiae* 1739. *Io. Ulr.* CRAMER Progr. de praesumtione pro iure Rom. contra mores antiquos Germanor. *Marb.* 1737. *Io. Sal.* BRUNQUELL Commentat. de praeferentia iuris germanici pugnantis cum Rom. nisi huius receptio probetur in causar. illustrium decisionib. *Francof. et Lips.* 1743. 4. *Casp. Heinr.* HORN Diss. de praerogativa morum Germaniae in concursu cum LL. receptis. *Vitembergae* 1702. Vorzüglich aber **Joh. Steph. Pütters** Abhandl. von dem vorzüglichen Gebrauch der einheimischen gemeinen Rechte unter dem teutschen hohen Adel; in **Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte** 2. Th. N. XXIX.

§. 73.

Dritte Regel. Collision besonderer teutscher Privatgesetze 1) einerley Landes.

Wenn die besondern teutschen Privatgesetze nicht übereinstimmen, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie einerley Landes oder verschiedener Territorien sind; im ersten Falle geht das mehr besondere Gesetz dem weniger besondern vor nach der Regel: Stadtrecht bricht Landrecht [58]). (§. 70.)

§. 74.

Collision teutscher Particulargesetze, 2) verschiedener Territorien. Erste Regel.

Sind im Gegentheil die besondern Gesetze verschiedener Territorien einander entgegen [59]), so kommt es entweder blos auf die Art des gerichtlichen Verfahrens und Proceßform, oder auf die Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten selbst an. Im ersten Fall gehen die besondern Gesetze des Gerichts, wo die Klage erhoben wird, allen andern vor. (§. 44. S. 289.) Z. B. Wechselproceß, Con-

58) *Chr. Amand.* DORN Progr. de paroemia: Stadtrecht bricht Landrecht. *Kilonii* 1748.

59) Hier sind vorzüglich nachzusehen *Io. Nic.* HERT Diss. de collisione Legum Sect. IV. in Opusc. Vol. I. T. I. *Franc.* ALEF Diss. de diversorum statutorum concursu eorumque conflictu, in EIUS *diebus academ.* Nr. IV. Ernst Christ. Westphals teutsches und reichsständisches Privatrecht 1. Th. 3. Abh. S. 32. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Th. §. 53.

Concursordnung sind nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, wo die dahin einschlagenden Rechtshändel vorkommen. Auch die Anlegung eines Arrests geschiehet nach den Gesetzen des Forums, wo dieselbe gesucht wird [60]. Im lezten Falle hingegen finden folgende Regeln statt:

1) Wenn von dem Zustande einer Person, und den davon abhängenden Rechten die Rede ist, so sind die besondern Gesetze desjenigen Orts anzuwenden, wo die Person wohnhaft ist, wenn sie sich auch ausser Landes befindet [61]. Denn die Person eines Unterthanen ist keinem andern unterworfen, als demjenigen Landesherrn, in dessen Lande dieselbe ihren Wohnsiz hat, (§. 44.) nun ist der Status ein Zubehör der Person, welcher derselben anklebt, und sie überall hin begleitet, wo sie sich auch immer aufhalten mag; mithin müssen auch die Gesetze des Domiciliums, die diese persönliche Eigenschaft dem Unterthan beylegen, als Normen angewendet werden, wenn sich derselbe ausser Landes befindet, weil die Person doch immer in der Unterthänigkeit gegen denjenigen Landesherrn bleibt, in dessen Lande sie wohnt [62]. Wollte man ein anders annehmen, so würde hieraus noch überdies die grösste Unbequemlichkeit entstehen. Denn z. B.

60) *L. 3. §. 6. D. de testib.* HERT a. a. O. §. LXX. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 144. p. 116.

61) *Quando lex in personam dirigitur, respiciendum est ad leges illius civitatis, quae personam habet subiectam*, sagt HERT a. a. O. §. VIII.

62) Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 116.

z. B. ein Mündiger zu Hause würde zu gleicher Zeit an dem Orte, wo er auswärts etwas besizt, unmündig seyn; würde also, so lange er zu Hause bleibt, mündig seyn, aber sobald er verreist, in einem andern Gebiete es nicht mehr seyn. Wenn demnach die Frage ist, ob Jemand für mündig oder unmündig, für majorenn oder minorenn, für einen Filius oder filiafamilias oder für eine Person, die sui iuris ist, zu halten, und daher fähig oder unfähig sey, zu contrahiren, und über das Seinige zu disponiren; desgleichen, ob Jemand ehrlich oder unehrlich, adelich oder unadelich sey, so kommt es allemal auf die Gesetze des Domiciliums an. Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß eine Person, die nach den besondern Gesetzen des Orts, wo sie wohnhaft ist, für sui iuris zu halten, über ihr Vermögen ein gültig Testament machen könne, wenn auch gleich ein Theil desselben auswärts, und an einem solchen Orte liegen sollte, wo dieselbe noch nicht dafür erkannt wird. Hätte Jemand einen doppelten Wohnsiz, so ist seine Fähigkeit zu handeln nach den Gesetzen desjenigen Domiciliums zu beurtheilen, welche die Gültigkeit des Geschäfts am meisten begünstigen. (§. 30. nr. 5. S. 214.)

§. 75.

Zweite Regel.

2) Wenn aber von der äusseren Form und der davon abhangenden Gültigkeit der rechtlichen Handlungen und Geschäfte einer Person die Rede ist, so müssen in der Regel die Gesetze des Landes angewendet werden, wo die Handlung vorgenommen oder zu Stande gekommen ist.

Denn

Denn die Gesetze eines Landes, welche von den Handlungen der Unterthanen disponiren, können eigentlich nur in so fern zur Richtschnur dienen, als diese Handlungen in dem Territorium vorgenommen werden; nicht weiter. Denn sonst gienge der Gesezgeber über die Grenzen seines Gebiets hinaus: Leges vero non valent extra territorium.. Daß nun der Inländer diesen Gesetzen unterworfen sey, wenn er dergleichen Handlungen, wovon dieselben reden, im Lande vornimmt, ist ausser Zweifel. Allein eben dieses muß auch von dem Ausländer gelten. Denn alle diejenigen, welche in den Grenzen eines fremden Staats sich aufhalten, sind, so lange als ihr Auffenthalt dauert, in der Regel als Unterthanen anzusehen. Ich habe hiervon schon an einem andern Orte (§. 44. n. 2 u. 4.) umständlicher gehandelt. Man wende nicht dagegen ein, daß wenn ein Staat die Handlung seines Unterthans, welche derselbe ausser Landes nach den Gesetzen eines fremden Territoriums in dem District desselben vorgenommen, gelten lassen müsse, solches gegen die obige Regel: Leges non valent extra territorium, sey. Denn man unterscheide zwischen der verbindenden Kraft eines fremden Gesetzes in Ansehung einer erst vorzunehmenden Rechtshandlung, und der rechtlichen Wirkung eines Geschäfts, das in dem Gebiete eines fremden Gesetzgebers geschlossen worden ist. Die erstere ist freylich nur auf das Territorium des Gesetzgebers eingeschränkt; denn über die Grenzen eines Landes hinaus erstreckt sich die Gewalt eines Regenten nie. Allein die rechtliche Wirkung eines solchen Geschäfts, das nach den Gesetzen eines Staats in den Grenzen desselben gültig ist geschlossen worden, muß jede andere Nation als verbindlich anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf solche,

ohne

ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräften[63]). Solchemnach sind nun also Verträge, Testamente, Form der Wechsel u. s. w. nach den landesherrlichen Verordnungen desjenigen Orts zu beurtheilen, wo sie vorgenommen sind. Jedoch hat diese Regel ihre Ausnahmen, von denen ich gleichfalls schon am oben angeführten Orte gehandelt habe. Hier will ich nur noch eine Ausnahme hinzufügen. Sollten Unterthanen bey ihren Rechtshandlungen, die sie ausserhalb Landes auf eine erlaubte Art unternommen, z. B. wenn sie in einem fremden Lande ein Testament gemacht, oder mit einander contrahirt haben, sich, ohne die Gesetze ihres zeitigen Aufenthalts zu beobachten, blos nach den Gesetzen ihres Vaterlands gerichtet haben, so sind solche Handlungen nicht nach den Gesetzen des Orts, wo sie vorgenommen worden, sondern nach den Gesetzen des Domiciliums zu beurtheilen, in sofern blos von der Gültigkeit und rechtlichen Wirkung derselben in ihrem Vaterlande die Rede ist[64]). Denn da Unterthanen auch ausser Landes, wenn sie nur den Vorsatz haben, in ihr Vaterland zurückzukehren, in der Unterthänigkeit gegen ihren Landesherrn verbleiben, mithin

63) SEGER Diss. de vi legum et decretorum in territorio alieno pag. 6. seqq. und VATTEL Ius Gentium Lib. II. c. 7.

64) S. *Casp.* ZIEGLER in Dicastice Concl. XV. §. 11. seqq. Riccius Entwurf von Stadtgesetzen Buch II. Hauptst. 15. §. 3. auch HERT a. a. O. §. X. S. 182. Dieser sagt: *Si actus a solo agente dependeat v. g. testamentum, et hic sit exterus: vel si actus inter duos celebretur, v. g. pactum, et uterque paciscens sit exterus, et unius civitatis cives, dubitandum non est, actum a talibus* SECUNDUM LEGES PATRIAE *factum* IN PATRIA VALERE.

hin die Verbindlichkeit der Gesetze ihres Vaterlandes in Ansehung ihrer in sofern nicht aufgehoben wird, so muß es ihnen auch noch auswärts freygestanden haben, sich nach den Gesetzen ihres Vaterlandes verbindlich zu machen, oder in Gemäßheit derselben sonst eine Handlung vorzunehmen, die nur in ihrem Vaterlande ihre Gültigkeit und Wirkung haben soll[65]). Nur in sofern ihre Absicht ist, daß auch der fremde Staat ihre in dem District desselben vorgenommene Rechtsgeschäfte für gültig erkenne, sind Fremdlinge, als zeitige Unterthanen, die Gesetze des Ort, wo sie sich aufhalten, zu beobachten verbunden, und solche Handlungen, die nach diesen Gesetzen gültig und erlaubt sind, ist sodann auch jede andere Nation nach dem Völkerrecht als rechtmäsig anzuerkennen schuldig.

§. 76.

Dritte Regel.

Endlich 3) wenn von Rechten, welche blos Grundstücke betreffen, die Frage ist, so ist auf die Gesetze des Orts, wo die Güter liegen, hauptsächlich Rücksicht zu nehmen, ohne Unterschied, wo und von wem darüber disponiret worden[66]). Wenn daher von der Erwerbung, Veräusserung, Verpfändung, Verjährung der Grundstücke, ferner von der Freyheit oder Belästigung derselben, dem Abtrieb u. s. w. die Frage ist, so gehen die Verordnungen des Landes, worin die Güter befindlich, den Gesetzen des Orts, wo

65) Anderer Meinung ist Danz im angef. Handbuch des teutschen Privatrechts 1. Band S. 181. f.

66) HERT am angef. Ort Sect. IV. §. IX. pag. 177.

wo der Eigenthümer seinen Wohnsitz hat, vor. Dahingegen werden die Rechte in Ansehung beweglicher Sachen nach den Gesetzen des Domiciliums beurtheilt. Denn die beweglichen Güter folgen der Person nach, sie mögen angetroffen werden, wo sie wollen. Daher es eine bekannte Regel ist: *Res mobiles ex conditione personae legem accipiunt, et ibi esse dicuntur, ubi quis domicilium et rerum suarum summam collocavit* [67]). Sollte jedoch ein Mensch keinen bestimmten Wohnsitz haben, z. B. ein Vagabond, so wird das bewegliche Vermögen desselben nach den besondern Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthalts beurtheilt [68]).

§. 77.

Collision des römischen und canonischen Rechts.

Wenn nun weder teutsche Reichs- noch Particulargesetze eine Entscheidung für den vorliegenden Fall enthalten, so kommen die in Teutschland recipirte fremde Rechte in Civil-Rechtssachen zur Anwendung. Wir ziehen alsdann das römische oder canonische Recht zu Rathe [69]). Wie? wenn nun aber die Vorschriften beyder

67) HERT a. a. O. §. VI. SEGER in Diss. de vi Legum in territorio alieno §. IX. und andere mehr, die daselbst angeführt sind.

68) So z. E. wird einem Vagabonden succedirt nach den Gesetzen des Orts, wo er verstarb. S. Ludolffs systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 193. S. 301. Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten, Einleitung §. 35. überein.

69) *Io. Nepom.* ENDRES Diss. de diverso iuris germanici ad civile Romanum et canonicum commune habitu. Wirceb. 1771. (in SCHMIDT *Thesaur. iuris eccles.* Tom. I. N. II. pag. 88 — 128.)

Rechte einander widersprechen, welches von beyden wird den Vorzug vor dem andern haben? Die Rechtsgelehrten sind desfalls nicht einerley Meinung. Die gewöhnlichste Meinung ist, daß im Collisionsfalle der Regel nach das Canonische Recht den Vorzug behaupte [70]). Andere hingegen wollen die Sache dergestalt bestimmen, daß in den weltlichen Gerichten das Justinianeische, in den geistlichen aber das Canonische Recht vorzuziehen sey [71]). Noch andere Rechtsgelehrte sehen bey der Bestimmung des vorzüglichern Gebrauchs des Canonischen Rechts auf einzelne Fälle. Sie behaupten, in Kirchen- Ehe- Proceß- Gewissens- und Eidessachen habe das Canonische Recht den Vorzug, in allen andern Sachen aber sey das Römische Recht jenem vorzuziehen. Dieser Meinung ist unter andern [72]) unser Hellfeld §. 81. Verschiedene angesehene Rechtslehrer [73]) wollen

70) PAGENSTECHER de praestantia Iuris Canonici prae civili. *Henr.* HILDEBRAND de praevalentia iur. can. prae civili in foro. *Alt.* 1697. *Io. Ern.* FLOERCKE de praerogativa iuris canon. prae iure Iustinianeo. *Ienae* 1722. und *Halae* 1757. 4. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 2. u. a. m.

71) *Huld. ab* EYBEN de auctoritate iuris canon. §. 18. *Io.* STRAUCH de origine et auctoritate iuris canon. §. 39. *Arth.* DUCK de auctoritate iuris civ. Lib. I. c. 7. §. 11.

72) STRUV in Syntagm. iur. civ. Ex. 2. Th. 39. LYNCK in Comment. ad Decretales Discurs. praelim. c. 2. §. 9. pag. 33. und *Io. Frid.* RHETIUS de auctoritate iuris canon. inter A. C. consortes.

73) LAUTERBACH in Collegio Theor. Pr. Pandectar. Prolegom. §. IX. n. 15 — 18. *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 53. pag. 45. und *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canonici P. I. (*Bonnae* 1778. 8.) §. 113 — 115. pag. 127. seqq. COCCEJI in iure civ. controv. Proleg. Qu. 7.

wollen auch den Vorzug des einen Rechts vor dem andern nach folgenden Regeln beurtheilt wissen. 1) So oft in dem einen Rechte etwas deutlich bestimmt worden, was in dem andern zweifelhaft ist, so geht das erstere dem leztern vor. 2) In geistlichen- und Gewissenssachen, desgleichen wenn es darauf ankomme, daß eine Sünde verhütet werde, wie z. B. in der Lehre von der Verjährung, bey vorhandener, oder eintretender mala fide, *cap fin. X. de praescr.*, sey dem römischen in der Regel das Canonische Recht vorzuziehen. 3) In Sachen, die vor die geistliche Gerichtsbarkeit gehören, sey das Canonische vorzüglich, in denen aber, die vor die weltliche Gerichtsbarkeit gehören, das Römische Recht, anzuwenden. Endlich 4) wo aus besonderer Ursach der Gerichtsgebrauch die Vorschriften des Canonischen Rechts angenommen, wie z. B. in den Materien, die den bürgerlichen Proceß betreffen, da müsse nach diesem, und nicht nach dem Justinianeischen Rechte gesprochen werden. Zulezt will ich noch der Meinung einiger neuern Rechtsgelehrten [74]) gedenken, welche bey dem Mangel einer genugsamen gesetzlichen Bestimmung in den Fällen, da das Justinianeische und Canonische Recht sich einander widersprechen, am meisten auf einen genugsam bewährten Gerichtsgebrauch gesehen, und nach demselben den Vorzug des einen Rechts vor dem andern bestimmt wissen will, weil, wenn gleich das Canonische Recht in unsern Gerichten in

 sehr

74) Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien. IV. Stück. (Rostock und Leipzig 1780.) N. VIII. S. 124 — 147. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Proleg. Qu. 7. Not. f. pag. 17.

sehr vielen Fällen vor dem Justinianeischen den Vorzug behaupte, doch auch genug Beyspiele vorhanden wären, da nach dem Gerichtsgebrauch das Gegentheil statt finde. Ich bin noch immer überzeugt, daß unter diesen so verschiedenen Meinungen diejenige die richtigste sey, nach welcher dem canonischen Rechte in der Regel der Vorzug vor dem Römischen eingeräumet wird, so lange nicht nach einem genugsam bewährten Gerichtsbrauche das Gegentheil statt findet [75]. Schon dadurch, daß der Gerichtsbrauch dem canonischen Rechte in den meisten Fällen ohne allen Zweifel den Vorzug vor dem römischen giebt, rechtfertiget sich zwar diese Regel vollkommen; allein wir wollen die Gründe selbst anführen, auf welchen dieser Vorzug des Canonischen Rechts beruhet. Sie sind folgende. Erstens hat man seit den ältesten Zeiten in Teutschland für das Canonische Recht stets günstige Vorurtheile gehegt, und sich überredet, daß es den teutschen Sitten und unsrer Verfassung nicht allein an und für sich mehr, als das Römische, angemessen sey [76], sondern auch die Grundsätze desselben besser, als die des römischen Rechts, mit der Billigkeit übereinstimmen. Zweytens stellte man sich nach der Denkungsart des mittlern Zeitalters

75) Dieser Meinung sind unter den neuern Rechtsgelehrten ausser ENDRES in der angeführten Diss. §. XIV. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 358. u. folgg. und *Io. Th. Ad.* KIND Diss. de fontibus iuris iudiciarii civ. quod per Germaniam obtinet. Lipsiae 1785. §. V. pag. 14.

76) Daß das canonische Recht manches Ueberbleibsel unserer alten Gesetze und Rechtsgewohnheiten enthalte, haben *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Obs. 649. u. 650. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Element. iuris Germ. Lib. I. §. 254. not. *) mit vielen Beyspielen erwiesen.

ters eine von Gott verordnete zweyfache Gewalt, eine weltliche und eine geistliche vor, deren jede einem sichtbaren Oberhaupt, jene dem Kaiser, diese dem Papste, anvertrauet wäre, unter sich aber in einem solchen Verhältnis stünden, daß die geistliche Gewalt noch vor der weltlichen, so wie die Seele vor dem Leibe, das Geistliche vor dem Zeitlichen, die Sonne vor dem Monde den Vorzug hätte [77]). Nach dieser damahls herrschenden Idee verstand sich's demnach von selbst, daß das von der geistlichen Gewalt authorisirte Gesetzbuch nicht allein in der ganzen Christenheit in geistlichen sowohl als weltlichen Gerichten zur Richtschnur dienen [78]), sondern dasselbe auch vor dem weltlichen oder Justinianeischen Gesetzbuche die Oberhand behalten mußte, wenn es in einzelnen Fällen Collision zwischen diesen beyden Rechten gab [79]). Ja es schien das Canonische Gesetzbuch in Teutschland doppelte

77) Man vergleiche aus GRATIANI *Decreto* die ganze Distinct. X. und aus den *Decretalib.* GREGORII *IX. cap. 6. de maioritate et obedient.* Auch den Sachsenspiegel 1. Buch 1. Art. und die Glosse desselben.

78) Hierher gehört die Stelle des Schwabenspiegels I. Buch. Kap. V. Tom. II. *Corp. Iur. Germ. Senckenb.* S. 15. Und als die Päbste und Kaiser zu Concilien und zu Hofen haben gesetzt und geboten aus dem *Decret* und *Decretalen.* Wann aus den zweyen Büchern nimmt man alle die Recht, der geistlichen und weltlichen Gerichten bedarf.

79) Eben diese Folge zieht GRATIANUS, wenn er in seinem *Decreto* nach *Can. 6. Dist. X.* anmerkt: *Ecce quod constitutiones Principum ecclesiasticis Legibus postponendae sunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviarint, omni reverentia dignae habeantur.*

pelte Achtung zu verdienen, weil man den Kaiser als dessen eigenes Oberhaupt, und zugleich als den Schutzherrn der Römischen Kirche ansahe. Wenn nun gleich freylich diese Gründe meistentheils auf bloß irrige Meinungen des mittlern Alters hinauslaufen, die hauptsächlich aus unrichtigen Vorstellungen von dem Verhältnis der geistlichen und weltlichen Gewalt entstanden sind, so darf doch hierin heutiges Tages nichts geändert werden, da es eines Theils bey der heutigen Gültigkeit der in Teutschland recipirten fremden Rechte eine ausgemachte Wahrheit ist, daß nicht immer mit der Ursache auch ihre Wirkung aufhöre, sondern auch Irrthümer von der gesetzgebenden Gewalt, und dem Ansehen der Gerichtsstühle unterstüzt, ihre Folgen behalten können [80]; andern Theils aber doch auch nicht geläugnet werden kann, daß mit der Aufnahme des Canonischen Rechts in Teutschland allerdings auch die darin vorkommenden Abänderungen des Justinianeischen Rechts in der Regel vom Reiche gebilliget worden sind [81]).

§. 78.

Ausnahmen von der Regel.

Ob nun gleich das Canonische Recht aus den angeführten Gründen noch bis auf den heutigen Tag den Vorzug vor dem römischen behauptet, so ist doch dieses nur von der

80) S. Pütters Abhandlung: Wie die Rechtskraft der in Teutschland üblichen fremden Gesetzbücher zwar im Grunde auf irrigen Meinungen beruhe, aber doch noch fest bestehe: in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXVI. S. 56. u. folgg.

81) EMMINGHAUS c. l. pag. 17.

der Regel zu verstehen, welche alsdann ihre Ausnahme leidet, sobald in diesem oder jenem Puncte ein unstreitiger und bewährter Gerichtsbrauch dem Römischen Rechte den Vorzug giebt. Daher es ein eben so grosser Fehler ist, wenn einige das Canonische Recht durchgängig und ohne alle Einschränkung dem Römischen vorziehen, als wenn andere, wie z. B. unser Autor, dem Römischen Rechte den Vorzug in der Regel geben wollen, indem diejenigen Fälle, da das Römische Recht den Vorzug vor dem Canonischen behauptet, nur als Ausnahmen von der Regel anzusehen sind. Zu diesen Ausnahmen rechne ich zuförderst, daß die in dem Canonischen Rechte gebilligte Art, ein Testament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu verfertigen [82]), heutiges Tagen an wenigen Orten, selbst in katholischen Landen, angenommen ist; vielmehr statt derselben die im Justinianeischen Rechte vorgeschriebene Form beobachtet wird [83]). Hierher gehört ferner, daß bey Schenkungen in zweifelhaften Fällen, nicht, wie das Canonische Recht will [84]), eine ausdehnende Erklärung, sondern vielmehr eine einschränkende Auslegung statt findet, und daher die Absicht zu schenken niemahls vermuthet wird, auch die bey der Schenkung gebrauchten Ausdrücke weiter, als der eigentliche Wortverstand erlaubt, nicht verstanden werden können [85]). Noch

82) *cap.* 10. *X. de testam.*

83) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Tom. II. Lib. III. Tit. 26. §. 4. seqq. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. Iurisprud. eccles. P. III. §. 394.

84) *cap.* 6. *X. de donat.*

85) *L.* 25. *pr. D. de probat.* *L.* 34. *D. de R. I.* MEVIUS P. 2. dec. 18. n. 4. P. 4. dec. 318. n. 3. P. 8. decis. 194. n. 2. LEYSER Spec. 433. med. 1.

mehr: nach dem Canonischen Rechte hat der durch Frauenspersonen geführte Beweiß überall keine Kraft [86]), und diese sind nur sodann zu vernehmen, wenn sie entweder an dem Verbrechen dieses oder jenes Geistlichen Antheil genommen haben [87]), oder es darauf ankommt, eine vorgebliche Irregularität dieses oder jenes Geistlichen zu beweisen [88]). Allein der Gerichtsgebrauch [89]) stimmt mit dem Canonischen Rechte auch hierin nicht überein, sondern läßt es vielmehr bey der Vorschrift des Justinianeischen Rechts [90]) lediglich bewenden, nach welcher Frauenspersonen, sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen, gültige Zeugen sind, insofern nicht etwa die Gesetze, entweder der besondern Feyerlichkeit der Handlung wegen, wie bey Testamenten und Codicillen, oder um einem rechtlichen Geschäfte das Ansehen einer öffentlichen Beglaubigung zu verschaffen, wie bey der Verpfändung, das Zeugnis durch Mannspersonen ausdrücklich erfordern, oder sonst eine andere gegründete Ausnahme bewiesen werden kann. Andere Fälle zu geschweigen, wo noch sonst in den heutigen Gerichten nach dem Justinianeischen und nicht nach dem Canonischen Rechte gesprochen

86) *Can.* 17. u. 19. *C. XXXIII. qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de V. S.* wo der Grund angeführt wird: *nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit.*

87) *Cap.* 3. *X. de test. et attest.*

88) *Cap.* 33. *X. eodem.*

89) CARPZOV Pract. rer. crim. Qu. 114. n. 39. BOEHMER in Iure Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 17. CRAMER Tom. III. Obs. 894.

90) *L.* 18. *D. de testib.*

sprochen zu werden pflegt, welche man in der unten angeführten Schrift [91]) beysammen finden wird.

§. 79.

Widerlegung des Autors.

Es sey mir erlaubt, gegen die Meinung unsers Verfassers nur noch einige Erinnerungen zu machen. Wenn nämlich derselbe (§. 81.) in der Regel dem Römischen Rechte den Vorzug vor dem Canonischen geben will, und der Meinung ist, daß lezteres nur in Kirchen- Ehe- Eides- Gewissens- und Proceßsachen vorzuziehen sey; so zweifle ich erstens sehr, ob diese Regel überall zutreffend seyn möchte. Denn daß einmal in Ehesachen das Canonische Recht nicht durchgängig, wenigstens in den protestantischen Gerichten, den Vorzug behaupte, kann ich durch verschiedene Beyspiele beweisen [92]). Einen Beweiß davon giebt zuvörderst die Materie von den Eheverboten wegen der Blutsfreundschaft, wo die Evangelischen die Päbstlichen Rechte nicht annehmen, sondern sich nach der Vorschrift der Mosaischen und Römischen Rechte richten [93]). Ausserdem aber kann

91) Quistorp über die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canonische Recht vor dem Justinianeischen unter allen Umständen in den protestantischen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyspielen gezeigt, in den Beyträgen IV. St. N. VIII.

92) S. *Guil. de* HERTOGHE Diatr. de reformatione iuris civ. circa caussas matrimoniales a Pontifice Rom. per Ius Canonicum perverse tentata. (in *Opusc.* a *Io.* WUNDERLICH edit.) p. 61. seqq.

93) S. SCHOTT Progr. de auctoritate iur. canon. inter Evangelicos pag. 19. und Moser von der teutschen Religionsver-verfassung 1. Buch. 2. Kap. §. 13.

kann man auch den Vergleich wider die Ehe hierher rechnen, als welcher, unter gewissen Einschränkungen, bey den Protestanten allerdings erlaubt ist, wie am gehörigen Orte gezeigt werden wird, dahingegen das Canonische Recht solchen schlechterdings verwirft [94]). Sodann ist der Satz, daß das Canonische Recht in der Lehre vom Eide dem Römischen durchaus vorgehe, ebenfalls noch vielen Zweifeln unterworfen, und schon von Andern [95]) das Gegentheil so bündig dargethan worden, daß man es sicher für erwiesen annehmen darf. Ich werde auch hiervon zu seiner Zeit bey dem §. 341. umständlicher handeln. Daß endlich im Proceß dem Canonischen Rechte nicht ohne alle Ausnahme der Vorzug vor dem Römischen eingeräumt werden könne, beweißt das bereits in vorhergehendem §. angeführte Beyspiel vom Zeugenbeweise; bey welchem wir heutiges Tages die Verordnungen des Justinianeischen Rechts befolgen. So schließt ferner das Canon. Recht die Layen vom Zeugniß gegen Geistliche aus, wenn von peinlichen Fällen die Rede ist [96]). Allein das Röm. Recht läßt auch Layen als gültige Zeugen zu, und dieß befolgen wir in der Praxi [97]). Eben so kann

94) *Cap. ult. X. de transact.*

95) THOMASIUS Institut. iurispr. div. Lib. II. c. 9. §. 14. seqq. AYRER de abusu iuramentorum §. 33. seqq. Hr. Prof. MALBLANC in doctrina de iureiurando Lib. V. pag. 499. seqq. Christ. Fried. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. 4. Prof. Weber system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 10. Abschn. §. 123. S. 559. ff.

96) *Cap.* 14. *X. de testib.*

97) S. *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 16.

kann nach Canon. Rechten kein Zeuge, auch nicht einmal in peinlichen Fällen, genöthiget werden, ein Zeugniß abzulegen [98]; anders nach dem Röm. Rechte [99], welches die Praxis annimmt [100].

Es ist jedoch die Regel unsers Autors, wie hieraus genugsam erhellet, nicht nur unzutreffend, sondern auch zum andern sehr unbestimmt und schwankend. Denn was sind z. B. Kirchensachen? was sind Gewissenssachen? wer weiß nicht, wie ausgedehnt und überspannt hiervon die Begriffe des Päbstlichen Rechts sind, dem es nie am Anstrich und Prätext gefehlt hat, auch blos weltlichen Sachen die Gestalt von geistlichen und kirchlichen zu geben, nur um die Grenzen der päbstlichen und geistlichen Gerichtsbarkeit zu erweitern [1]? Bahnt also nicht die Regel unsers Autors den Weg zu neuen Schwierigkeiten oder Irrthümern? Endlich ist auch jene Regel viel zu seicht, als daß sie diejenigen Fälle ganz erschöpfen sollte, in welchen dem Canonischen Rechte der Vorzug vor dem Römischen wirklich beygeleget wird. Wem ist wohl unbekannt, daß auch in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphyteusis, der Verjährung,

98) *Cap.* 10. *X. de testib. cog. vel non.*

99) *L.* 4. *D. de testib.*

100) Man sehe hier vorzüglich *Mich. God.* WERNHERI Diss. de auctoritate iuris canonici in processualibus. *Vitemb.* 1759.

1) S. Hofr. Schnauberts kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte. 1. Th. N. 2. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 244.

rung, dem Abzug der Trebellianischen Quarte bey Fideicommissarischen Erbschaften, der Verbindlichkeit der Erben zur Erstattung des durch ein Verbrechen des Verstorbenen angerichteten Schadens, und so mehr, das Canonische Recht dem Römischen unwidersprechlich vorgezogen werde?

§. 80.

Collision unter mehrern Gesetzen des nämlichen Gesetzbuchs 1) des Canonischen. 2) des Römischen.

Noch ist zu erörtern übrig, in welchem Verhältnisse einzelne Stellen des Canonischen oder Römischen Gesetzbuchs unter sich selbst stehen? Wie, wenn also erstlich die gesetzlichen Vorschriften in dem corpore iuris canonici unter sich in Collision gerathen, welche gehet der andern vor? Wir müssen einen Unterschied machen, ob sie in verschiedenen Sammlungen, oder in eben derselben Sammlung enthalten sind [2]). Im erstern Falle gehet in der Regel die neuere der ältern vor; daraus folgt, daß die Clementinen dem libro sexto Decretalium Bonifacii VIII. dieser den Decretalen P. Gregors IX. und diese wieder dem Decret des Gratians derogiren. Nur die sogenannten Extravaganten machen eine Ausnahme von dieser Regel: denn wenn gleich die in unserm Canonischen Gesetzbuche befindlichen beyden Sammlungen derselben der Zeit ihrer Compilation nach die jüngsten sind, so kann doch die Gültigkeit derselben, da sie blose Privatsammlungen sind, die nicht unter päbstlicher Auctorität

2) S. meine Praecognita iuris eccles. pag. 130. und NETTELBLADT System. element. iurispr. positivae generalis Lib. I. Sect. III. §. 180. n. 2.

rität verfertiget worden, nicht nach dem Orte, den sie im Korpus Juris behaupten, sondern nur nach dem eigenen Zeitalter einer jeden einzelnen Verordnung beurtheilet werden [3]). Im andern Falle, wenn der Widerspruch unter Stellen ebenderselben Sammlung ist, so müssen dieselben durch eine geschickte Auslegung, wobey auf die Verschiedenheit der Zeit, des Orts, der Person und des Grundes Rücksicht zu nehmen [4]), mit einander vereiniget werden [5]). Wenn demnach die eine Verordnung ganz allgemein lautet, die andere aber sich auf einen besondern Ort und die daselbst üblichen besonderen Rechte und Gewohnheiten, oder auf eine besondere Classe von Personen sich beziehet, und von deren Gerechtsamen oder Verbindlichkeiten disponirt, so wird man in einer solchen Collision die gemeine und besondere Verordnung nach eben dem Verhältniß, wie Regel und Ausnahme, beurtheilen, hingegen unter zwey gemeinen, oder zwey besondern Verordnungen derjenigen den Vorzug geben müssen,

3) *Lud.* ENGEL in Collegio universi iur. canon. Lib. III. Tit. V. §. 4. n. 52. in fine. — *Extravagantes, cum nullius Pontificis auctoritate compilatae sint, debent referri ad suos auctores, et tempus, quo datae sunt.*

4) *Can.* 1. 2. u. 3. *Dist.* XXIX. — Sciendum est, quod pleraque capitula ex causa, ex persona, ex loco, ex tempore considerанda sunt, quorum modi, quia medullitus [illegible] indagantur, in erroris Labyrinthum nonnulli intricando impinguntur.

5) ENGEL im angeführten Buche Prooem. n. 18. *Quodsi in recensitis iuris canonici partibus constitutionum antinomia reperiatur, eaque sit in unius Pontificis compilatione v. g. si uterque contradicens canon sit in Decretalibus, vel in Sexto aut Clementinis, per congruam interpretationem conciliatio facienda est.*

müssen, welche die neuere ist, nach der Regel: lex posterior derogat priori [6]). Sind sie gleichen oder ungewissen Alters, so muß der Gerichtsgebrauch, oder, wenn auch dieser zweifelhaft seyn sollte, die Rechtsanalogie den Vorzug der einen vor der andern entscheiden [7]).

Fast dieselbigen Grundsätze, nur mit wenigem Unterschiede, sind anzuwenden, wenn unter mehreren Gesetzen des corporis iuris Romani ein Widerspruch vorhanden ist. Auch hier kommt es zunächst darauf an, ob der Widerspruch unter den Gesetzen verschie-

6) *Cap.* 1. *de constitut. in 6to.* — Licet Rom. Pontifex, constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: Quia tamen *locorum specialium* et *personarum singularium consuetudines* et *statuta*, (cum sint facti, et in facto consistant) potest probabiliter ignorare: *ipsis*, dum tamen sint rationabilia, *per constitutionem a se noviter editam* (nisi expresse caveatur in ipsa) *non intelligitur in aliquo derogare.*

7) NETTELBLADT System. elem. iurisprud. posit. Germ. commun. §. 180. nr. 2. pag. 104. In verschiedenen Canonen des Gratianischen Decrets, als *can.* 28. *Dist. L.* und *can.* 11. *Caus. XXXIII. qu.* 2. welche jedoch aus einerley Quelle geflossen, wird insonderheit bey vorkommender Uneinigkeit in den Conciliienschlüssen noch die Regel gegeben: *ut, quotiescunque in gestis conciliorum discors sententia invenitur, illius concilii magis teneatur sententia, cuius aut antiquior, aut potior extat auctoritas.* Allein das Schreiben des Isidors an den Bischof Massanus oder Massio, woraus die angeführten beyden Stellen entlehnt seyn sollen, ist noch grossen Zweifeln unterworfen. Man vergleiche hier das vortrefliche Werk des *Car. Sebast.* BERARDI über Gratiani canones Part. III. Cap. XXVII. pag. 406. (edit. Venet. 1777.)

schiedener Sammlungen, oder eben derselben Sammlung befindlich ist. Ist das erstere, so gehet das neuere Recht dem ältern vor. Für das neuere Recht aber wird in dem Falle, da der Widerspruch unter den Gesetzen verschiedener Sammlungen des Justinianeischen Rechts obwaltet, dasjenige gehalten, welches in der jüngern Sammlung enthalten ist. Diesem zu Folge gehen also I) die Novellen des K. Justinians, als die allerneuesten Gesetze, allen übrigen Verordnungen des Justinianeischen Rechts vor, welche in den vorhergehenden Sammlungen, als dem Coder, den Pandecten und Institutionen des Justinians, enthalten sind. Jedoch ist dieses nur von den glossirten Novellen zu verstehen, indem es, was die nicht glossirten anbetrift, aus dem schon oben (S. 344.) angeführten Grunde bey den Verordnungen des Coder in Praxi lediglich verbleiben muß. Der Fall kommt z. B. bey den Zinsen, die das Capital übersteigen (usurae ultra alterum tantum), vor, welche der Gerichtsgebrauch nicht schlechterdings für unerlaubt erklärt, wofür sie Justinian Nov. 121. cap. 1. angesehen wissen will, sondern es bey der Einschränkung der L. 10. C. de usuris bewenden läßt [8]. II) Aus dem obigen Grundsatz folgt weiter, daß der Coder den Institutionen und Pandecten derogirt. Zwar möchten, wenn wir auf das eigene Zeitalter der einzelnen Verordnungen des Coder sehen dürften, unter der grossen Zahl derselben nur wenige gefunden werden, welche der Pro-

8) STRYK Us. Mod. Pand. Tit. de Usuris §. 17. *a* PUFENDORF Tom. I. Obs. 14. §. 4. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XXII. Tit. 1. Qu. 7. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 33. Quistorp Beyträge II. Stück. Nr. IX. S. 157. u. a. m.

Promulgation nach jünger als die Institutionen und Pandecten sind, d. i. welche erst nach dem Jahr 533. in welchem beyde die gesetzliche Bestättigung erhalten haben, wären gegeben worden; indem vielmehr das Datum der meisten Constitutionen des Codex, welche eine Subscription haben, zu erkennen giebt, daß sie schon vor dem bemerkten Jahr, mithin vor den Institutionen und Pandecten, sind bekannt gemacht worden. Kein Wunder ist es also, wenn es Rechtsgelehrte giebt, welche einer andern Meinung sind, und dem Codex nur in sofern den Vorzug vor den Pandecten und Institutionen lassen wollen, als die einzelnen Gesetze desselben neuer sind. Unter denen, die dieses behaupten, wird nicht leicht einer gefunden werden, der angelegentlicher die Beweise für diese Meinung zusammengesucht hätte, als **Galvanus** [9]), weil es ihm nahe gieng, quod, wie er sagt, licet iam diu in Italia et in Germania non defuerint, qui contrarium errorem interpretum cum maxima Iurisprudentiae utilitate profligaverint, adhuc tamen multi ita hebetes sunt ac stolidi, ut frugibus inventis glandes quaerant, et suum more in veteris inscitiae coeno volutentur. Allein **Galvan** mag sagen, was er will, so wird seine Meinung bey den heutigen Rechtsgelehrten schwerlich einigen Beyfall finden. Denn kann es **Galvanus** selbst nicht läugnen, daß die gesetzliche Kraft der Pandecten erst von der Zeit an zu rechnen sey, da sie promulgiret worden sind, wenn gleich das darinn enthaltene Recht ungleich älter ist, und aus sehr mancherley Zeitperioden herrührt, so muß doch wohl ein gleiches von dem Codex des K. **Justinians** gelten. Da nun

9) de Usufructu Cap. XXXI. n. IX. pag. 398 — 416.

nun derselbe ein ganzes Jahr später, als die Pandecten und Institutionen, nähmlich im Jahr 534. bekannt gemacht worden (§. 53.), mithin ganz unläugbar als ein neueres Gesetzbuch anzusehen ist, so ist natürlich, daß derselbe beyden, den Pandecten wie den Institutionen, derogiren müsse um so mehr, da Justinian selbst in dem Promulgations-Edict des neuen Codex §. 4. sagt: *purgatum iam et candidum, omnibus et circumductis et additis et repletis, nec non transformatis, factum esse Codicem* [10]. III) Wenn die Pandecten und Institutionen in einer Rechtsmaterie nicht mit einander übereinstimmen, so gehen die Pandecten als die Quelle und das Original den Institutionen vor, in sofern leztere dunkel sind, oder wohl gar unrichtig aus den erstern excerpiret worden. In sofern aber die Institutionen eine offenbare Abänderung, oder authendische Interpretation der Pandecten enthalten, sind dieselben, als ein neueres Recht, den Pandecten billig vorzuziehen. Die Beweise für diese Säze liegen in dem Obigen [11] (§. 51.). Hier

 will

10) S. *Ioach.* HAGEMEIER de authoritate iuris civ. et canon. Cap. V. BRUNQUELL Histor. iuris P. II. cap. 9. §. 18. 19. 20. WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Proleg. Cap. I. §. 3. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 16. HAUBOLD Praecogn. iur. Rom. §. 16.

11) S. *Hubert.* BREUER Disquis. hist. iurid. qua vera Institutionum I. R. textus auctoritas contra erroneam quorundam opinionem vindicatur. *Bonnae* 1784. §. XI. XII. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. in Prolegom. Cap. I. §. 4. Vorzüglich aber HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. VI. med. 3. Es läßt sich daher nicht mit COCCEJI in iure civ. controv. Prol. Qu. 5. n. 11. schlechthin behaupten, daß die Institutionen ohne Ausnahme den Pandecten derogiren. S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. z. pag. 11.

will ich also nur noch einige Beyspiele hinzufügen. So z. E. wird man in dem §. 39. I. de rerum divis. wegen des Schatzfindens eine ganz absichtliche Abänderung der L. 3. §. 10. D. de iure fisci gewahr werden, daß daher die Stelle der Institutionen hierin vorzüglichern Inhalts sey, hat keinen Zweifel [12]); und vergeblich ist alle Mühe derjenigen gewesen, die beyde Stellen mit einander zu vereinigen gesucht haben [13]). So erhält ferner die L. 34. §. 2. D. de Legat. 1. ihre avthendische Erläuterung aus dem §. 6. I. de Legat. und der §. 9. I. eodem bestimmt den rechten Sinn der L. 82. §. 2. und 3. D. de Legat. 1. vortreflich [14]). Im Gegentheil behauptet die L. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom. den Vorzug billig vor dem §. 25. I. de rer. div. in welchem die Verfasser der Institutionen das Dreschen des Getraides irrig zur Specification rechnen.

Wenn nun aber der Widerspruch unter einzelnen Stellen in einerley Sammlung ist; so kommt es wieder darauf an, ob Gesetze im Codex, oder in den Novellen mit einander streiten, dann geht es nach der Regel: *lex posterior derogat priori;* oder ob Stellen in den Pandecten sich widersprechen, in diesem leztern Falle läßt sich entweder das Zeit-

12) Dieser Meinung sind ausser Cujaz, *Ian. a* COSTA, *Theod.* MARCILIUS, *Reinh.* BACHOVIUS, *Ev.* OTTO u. a. m. S. *Christ. Gottl.* RICHTER Exercit. iur. civ. de iure thesauri a mercenario inventi. *Lipsiae* 1773. Cap. I. §. 4.

13) Z. B. CHARONDAS Lib. I. Verisimil. cap. 21. GALVANUS de Usufructu cap. XXX. *van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 3. Diese widerlegt aber RICHTER a. a. O.

14) S. *van de* WATER Lib. III. Observat. cap. 10.

Zeitalter der sich widersprechenden Rechtsgelehrten bestimmen, oder nicht, im erstern Falle muß eben wieder die Regel gelten, das neuere Recht ist dem ältern vorzuziehen. Man untersuche also das Zeitalter der dissentirenden Rechtsgelehrten, und nehme die Meinung desjenigen Rechtsgelehrten zur Entscheidungsnorm an, welcher dem Zeitalter nach jünger ist [15]). Auf solche Art wird man viel Antinomien in den Pandecten heben können, wo jede andere Art der Conciliation unmöglich ist [16]). Ein treffen-

15) S. PÜTTMANNI Miscellan. ad ius pertinent. Specim. XII. cap. 23. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß auf das Zeitalter der Rechtsgelehrten in den Pandecten nichts ankomme, weil Justinian allen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften er seine Pandecten zusammentragen lassen, gleiches Ansehen ertheilt, und sich ihre Meinungen zu eigen gemacht hat. S. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. in Proleg. §. 4. MERCERIUS in Conciliatore LL. p. 126. und *Io. Bern.* KOEHLER in Praetermissis ad Constitutionem *Δέδωκεν. Regiomonti* 1781. p. 31. Allein diese Meinung ist längst von *Bern. Henr.* REINOLD in notis ad *Mercerium* l. c. und PÜTTMANN c. l. widerlegt worden. Mit Recht sagt auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. cap. I. §. 43. *Quamquam* IUSTINIANUS *omnia, quae in Pandectis continentur, sua fecit, tamen auctoritate sua efficere non potuit, ut duae constitutiones contrariae eodem tempore vim legis obtineant, quippe quod cum ipsa rei natura pugnat. Quodsi verum est, et constare tamen non potest, utra lex sit prior, aut posterior, nisi temporis habeatur ratio, unusquisque facile intelligit, non vetare eo dicto potuisse* IUSTINIANUM, *ut in aetatem et doctrinam ICtorum diligenter inquiramus.* Siehe auch REINOLD in Opuscul. pag. 557.

16) S. *Henr.* BRENCMANNI Disp. de Legum inscriptionibus §. 22. in *Abr.* WIELINGII iurisprud. restituta P. II. pag. 168. BYN-

des Beyspiel geben uns die L. 17. D. de duobus reis, L. 54. §. ult. und L. 124. D. de Legat. I. wo die Meinung des Paulus in der L. 17. als eines spätern Rechtsgelehrten der Meinung der andern beyden ältern Rechtsgelehrten, des Neratius und Pomponius, allerdings vorgezogen werden muß [17]). Eben so verdient die Meinung des Javolens in der L. 39. D. de Legat. II. billig vor der Meinung des Celsus in der L. 79. §. 2. D. de Legat. III. den Vorzug, denn Javolen ist dem Zeitalter nach jünger als Celsus. Aus dem nämlichen Grunde geht die Meinung des Ulpians in der *L. 6. pr. D. commun. praedior.* der Meinung des Pompons in der L. 8. D. eodem vor; mehrere Beyspiele zu geschweigen [18]). In den leztern Falle hingegen, da durch das Zeitalter der Dissensus nicht gehoben werden kann, befolge man diejenige Meinung, welche mit der Rechtsanalogie und Billigkeit am meisten übereinstimmt, und wo dieses auch nicht auszumachen wäre, so nehme man seine Zuflucht zur höchsten Entscheidung des Landesherrn [19]). Ueberhaupt ist jedoch bey vorkom-

KERSHOECK Observat. Iur. Rom. Lib. I. c. 5. REINOLD in Opusc. pag. 559. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. pag. 401.

17) PÜTTMANN in Probabil. iur. civ. Lib. II. c. 3. pag. 25. seqq.

18) S. MEISTERI Orat. de studii iuris Rom. chronologici necessitate (in *Sylloge Opusc.* T. I. Nr. XI. et XII.) SCHNEIDT Diss. sistens artem conciliandi leges in systema redactam. *Wirceb.* 1776. und PÜTTMANN Miscellan. iur. cap. 23.

19) NETTELBLADT System. elem. iurisprud. positivae Germ. gen. Lib. I. Sect. III. §. 180. nr. 1. pag. 104. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 42. in fin.

kommenden Antinomien viel Behutsamkeit nöthig, damit man nicht scheinbare Widersprüche mit wahren vermischt. Denn zuweilen kann ein Widerspruch bloß von der Unrichtigkeit der Leseart herrühren, wovon die L. 34. §. 4. D. de iureiur. ein Beyspiel giebt, welche zwar der L. 8. §. 5. D. Qui satisdare cog. und der L. 7. §. 3. D. de obsequ. parent. et patron. praest. entgegen ist, allein nur darum, weil die meisten Ausgaben der Pandecten eine falsche Leseart enthalten; denn lieset man mit Haloander und den Basiliken hoc iusiurandum de calumnia AEQUE patrono AC parentibus remittitur, so verschwindet aller Widerspruch [20]). Zuweilen hat man auch Stellen in den Pandecten für widersprechend gehalten, in denen doch die Verschiedenheit der zum Grunde liegenden factischen Umstände eine ungleiche Entscheidung nothwendig machte. Man untersuche also vor allen Dingen den Inhalt solcher Gesetzstellen, die man für contradictorisch hält, und man wird finden, wie wahr es sey, was Justinian in seiner Constitution *de confirmatione Digestor.* §. 15. sagt: nämlich daß aller anscheinende Widerspruch verschwinden werde, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet.* Zum Beyspiel können die L. 41. D. de pign. act. und L. 22. D. de pign. et hyp. [21]) ferner die L. ult. D. de condict. caus. data caus. n. sec. und L. 5. §. 1. D. de praescr. verb. [22]) dienen, deren Widerspruch auf solche Art gar

 leicht

20) ECKHARD Hermenevt. iur. Lib. I. cap. 7. §. 283. und WALCH ad *Eundem.*

21) SAMMET Quaestion. for. Qu. 3. in *Opusc.* pag. 254.

22) Siehe den 4. Band dieses Commentars §. 326 b. Not. 59 S. 384.

leicht gehoben werden kann, wie ich zu seiner Zeit darthun werde.

§. 81.

Rechtsanalogie. Naturrecht. Verhältniß zwischen Gesetzbüchern und Gewohnheitsrechten.

Allein — wird man zuletzt noch fragen, wie? wenn uns alle diese Gesetze verlassen sollten, von welchen wir bisher geredet haben, was werden dann für Normen des bürgerlichen Privatrechts gelten? — die Rechtsanalogie? daß diese als eine Quelle des bürgerlichen Privatrechts anzusehen, will ich gar nicht läugnen. Allein da der Grund aller Analogie des Rechts auf der Uebereinstimmung mit der Absicht und dem Willen des Gesetzgebers beruhet, (§. 37.) so darf man wohl nicht sagen, daß uns bey Entscheidung eines Rechtsfalles die Gesetze verliesen, so lange uns noch der Weg der Analogie offen stehet. Wer mir nicht glauben will, traue wenigstens den Worten Ulpians [23]), der uns lehrt: *verbum ex legibus sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis.* Und diese Rechtsanalogie wird daher auch in der Ordnung denjenigen Platz einnehmen, wo das Recht steht, von dessen Analogie die Rede ist.

Wie soll also in Ermangelung positiver Privatgesetze bestimmt werden, was in einem Falle recht oder unrecht, wozu dieser verbunden, jener berechtiget sey? — Da ist nun die letzte Zuflucht zu demjenigen Recht zu nehmen, welches die gesunde Vernunft jeden Menschen lehrt [24]). Denn daß

23) *L. 6. §. 1. D. de Verbor. Signif.*

24) *Ubi enim iuris civilis aut positivi cuiuscunque deficit definitio, ibi Iuris Naturalis dispositio defectum supplet*, sagt

ENDRES

daß das Naturrecht auch in der bürgerlichen Gesellschaft gelte, ist eine unbestrittene Wahrheit (§. 17.). Indes bleibt dieses doch immer nur die letzte Zuflucht. Sollten daher ungeschriebene Gesetze, d. i. rechtsbewährte und erwiesene Gewohnheiten vorhanden seyn, so stehen diese mit geschriebenen Gesetzen in einerley Verhältniß, und dienen, wenn sie sonst nur nicht den guten Sitten, der Religion und der gemeinen Wohlfarth entgegen, und aus solchen Gründen etwa verwerflich sind, in sofern allerdings zur Entscheidung.

Wie aber, wenn die Gesetzbücher und Gewohnheitsrechte in Collision gerathen? Wie, wenn Gebräuche, die ohne ausdrückliche Genehmigung der höchsten Gewalt in Gang gekommen sind, mit dem, was geschriebene Gesetze enthalten, im Widerspruch stehen, wie wird das Verhältniß derselben gegen einander seyn? Da wir über diesen Gegenstand schon eine vortrefliche Abhandlung [25] haben, so darf ich mich hier ganz kurz fassen. Es ist nichts ungewöhnliches, daß eine vom geschriebenen Gesetze abweichende Gewohnheit, wenn sie sonst nur die erforderlichen Eigenschaften eines ächten Gewohnheitsrechts an sich trägt, selbst über die ausdrückliche Vorschrift der Gesetze die Ober-

ENDRES in seiner vortreflichen Diss. de necessario iurisprudentiae naturalis cum ecclesiastica nexu, et illius in hac usu. *Wirceb.* 1761. Cap. I. §. XIX. (in SCHMIDT *Thes. Iur. Eccles.* T. I. N. I. pag. 16.)

25) Pütters Abhandlung vom Verhältnisse zwischen Gesetzbüchern und Gewohnheitsrechten, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte II. Th. N. XXI. S. 1 — 22.

hand gewinnt. Nur muß solche entweder neuer, als das geschriebene Gesetz seyn, und, daß sie vom Landesherrn wirklich gebilliget sey, deutlich erwiesen werden können; oder, wenn selbige etwa schon vorher in einem Lande festen Fuß gefaßt haben sollte, ehe darin ein Gesetzbuch eingeführt wurde, gewiß seyn, daß sie sich im Gebrauch erhalten habe. Denn da Gewohnheiten immer nur auf der Frage beruhen: wie es bisher gehalten worden sey? mithin eine historische Kenntniß erfordern, die ungleich grössere Schwierigkeit hat, als die Kenntniß eines schriftlich abgefaßten allgemeinen Rechtssatzes; so wird in Widerspruchsfällen die Vermuthung immer für die Gültigkeit des geschriebenen Gesetzes streiten, bis die entgegenstehende Gewohnheit durch den Beweis ihrer unwandelbaren Observanz in völlige Gewißheit gesetzet worden ist. Es werden diese Sätze durch den folgenden Titel ein mehreres Licht erhalten, in welchem die Lehre vom Gewohnheitsrecht erklärt werden wird.



Lib.

Lib. I. Tit. III.

De Legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine.

Der größte Theil der unter dieser Ueberschrift in unsern Pandecten gesammleten Fragmente der römischen Rechtsgelehrten enthalten allgemeine Grundsätze von der Natur, Auslegung und Anwendung positiver Gesetze, und in so weit haben wir schon in dem ersten Titel unsers Commentars davon Gebrauch gemacht. Allein die L. L. 32—39 handeln vom Gewohnheitsrechte, und diese, verbunden mit dem Titel des Codex: *quae sit longa consuetudo*, machen die Quellen der jetzt zu erörternden Rechtslehre aus. Auch im Canonischen Gesetzbuche finden wir hierher gehörige Stellen, denn nicht nur die Decretalen Gregors IX. sondern auch der liber sextus Bonifacii VIII. enthält einen Titel *de consuetudine.* (Lib. I. Tit. 4.) Jedoch ist bey dem Gebrauch dieser Quellen eine doppelte Vorsicht nöthig; a) daß man dabey jederzeit auf teutsche Verfassung, und deren Unterschied von der römischen Rücksicht nimmt. Ohne diese Regel zu beobachten, ist es unmöglich, diejenigen Irrthümer zu vermeiden, die wir in der Materie vom Gewohnheitsrechte nach der gewöhnlichen Vorstellungsart finden. Bey den Römern, wo die Gerichte öffentlich vor den Augen des Volks, in dessen Händen sich die gesetzgebende Gewalt befand, gehalten wurden, und wo in der Folge die Kaiser selbst sich mit Entscheidung der Rechtshändel beschäftigten, konnte man immer mit

mit mehrerer Gewißheit aus der öfteren Wiederholung gleichförmiger Handlungen, wenn kein Widerspruch geschahe, den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers annehmen, als bey uns, wo die Landesherrn von dem Verfahren der Gerichte selten eine solche Wissenschaft haben. Es dürfte also heutiges Tages das Argument von dem Stillschweigen des Landesherrn auf desselben Genehmigung ziemlich unsicher seyn, wenn nicht zu erweisen stehet, daß die Gewohnheit, wovon die Frage ist, wirklich zur Wissenschaft des Landesherrn gekommen, indem, wenn dieselbe geschriebenen Gesetzen gerade entgegen gehen sollte, der Buchstabe des Gesetzes sodann immer einen überwiegenden Beweis von dem Gegentheil abgeben würde. Bey den Römern traten überhaupt noch andere Umstände hinzu, die sie gewissermassen in die Nothwendigkeit setzten, Gewohnheitsrechte gelten zu lassen, nämlich der Mangel an geschriebenen Gesetzen, deren Unzulänglichkeit, und die Schwierigkeiten, welche mit der Legislation auf den Comitien verbunden waren; sie nahmen überdies Gewohnheitsrechte weit lieber, als geschriebene Gesetze, an, weil erstere, als Früchte der Avtonomie, der Freyheit des Volks mehr schmeichelten, als die letztern, deren drohende Worte in aufgehangenen ehernen Tafeln gelesen wurden [1]). Man wird sich nun hieraus erklären können, warum das ius civile Romanorum, quod sine scripto usus comprobavit, wie Justinian [2]) sich

1) Man sehe hier die elegante Abhandlung des Hrn. Dir. Zepernicks de rerum perpetuo similiter a centumviris iudicatarum auctoritate §. 10. (adj. SICCAMAE libro *de iudicio centumvirali* pag. 331. seq.) und *Rud. Christ.* HENNE Diss. de morum ad Leges Romanas habitu ac relatione. *Erford.* 1766.

2) *§. 9. I. de I. N. G. et C.*

sich ausdruckt, von jeher ungleich reichhaltiger an Rechtswahrheiten, als das geschriebene Recht, gewesen. b) Eine zweyte Vorsicht, bey heutiger Anwendung jener fremden Rechte in der Lehre vom Gewohnheitsrecht ist, daß man in den einzelnen Gesetzstellen immer auf die Bedeutung des Worts consuetudo genau Acht gebe; denn daß die Gesetzgeber dieses Wort nicht überall im eigentlichen Sinne genommen haben, wird sich in der Folge zeigen. Hätte man hierauf mehrere Aufmerksamkeit verwendet, so würde vielleicht mancher Zweifel über den Verstand dieser oder jener Gesetzstelle leichter gehoben, ja mancher Irrthum vermieden worden seyn. Die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte giebt ein deutliches Beyspiel davon. Uebrigens ist die Lehre vom Gewohnheitsrechte desto wichtiger, je grössern Einfluß sie auf das Ansehen der geschriebenen Gesetze hat, welches, wenn besonders von den fremden in Teutschland recipirten Gesetze die Rede ist, oft nur gar zu voreilig unter dem Schilde entgegenstehender Rechtsgewohnheiten und Observanzen bestritten zu werden pflegt. Unter den diese Materie erläuternden academischen Schriften will ich ausser denen, die in Lipenius, und Schotts Supplementen stehen, nur noch folgende anführen: *de* SENCKENBERG de iure observantiae ac consuetudinis in causis publicis privatisve *Giessae* 1743. *Ger. von dem* BUSCH diss. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat *Goettingae* 1752. rec. *Halae* 1773. *Car. Christoph.* HOFACKER D. de iure consuetudinis secundum doctrinam iuris naturalis et romani. *Tubingae* 1774. und *Io. Nic. Corn.* GUILLEAUME Diss. theor. pract. de consuetudine. *Duisburgi* 1796. 4.

Dieses

Dieses vorausgeschickt schreiten wir nunmehr zur Abhandlung der Lehre vom Gewohnheitsrechte selbst, und erinnern nur noch, daß hier bloß vom Privatgewohnheitsrechte die Rede sey, indem die Materie vom Staatsherkommen, welches von jenem ganz unterschieden ist, in das Gebiet des teutschen Staatsrechts gehört, mithin eigentlich ausser unserer Sphäre liegt.

§. 82.

Eintheilung des Rechts in geschriebenes und nicht geschriebenes. Erläuterung der §. 3. u. folgg. *I. de I. N. G. et C.* und *L. 32. et 35. D. de LL.*

Es ist eine nicht nur in den Gesetzen ausdrücklich enthaltene[3]), sondern auch sehr wichtige Eintheilung des Rechts, wenn solches, für Gesetz genommen, in ein geschriebenes (ius scriptum, lex scripta), und nicht geschriebenes (ius non scriptum, lex non scripta) eingetheilt wird. Diese muß zuerst erkläret werden, weil sie bey dem Begriffe des Gewohnheitsrechts, als welches, wie Justinian[4]) sagt, ex non scripto venit, zum Grunde liegt. Die Begriffe der Rechtsgelehrten stimmen jedoch darinn nicht überein, was eigentlich geschriebenes und nicht geschriebenes Recht zu nennen sey. Die meisten sagen, das ius scriptum sey ein solches Recht, was ausdrücklich vom Gesetzgeber ist bekannt gemacht worden; ius non scriptum sey hingegen dasjenige, welches mit stillschweigender Einwilligung des Gesetzgebers durch Gewohnheit

3) *§. 3. I. de I. N. G. et C. L. 6. §. 1. D. de Iust. et Iure. L. 32. D. de LL.*

4) *§. 9. I. de I. N. G. et Civ.*

heit entstanden ist. Die Scriptur sey also bey einem geschriebenen Gesetz nichts wesentliches [5]). Eben dieses scheint auch die Meinung unsers Verf. zu seyn. Andere [6]) verwerfen hingegen diese Begriffe schlechterdings, und glauben, daß solche dem römischen Sprachgebrauche ganz zuwider wären; nach diesem sey vielmehr ius scriptum dasjenige Recht zu nennen, was schriftlich aufgezeichnet ist; ius non scriptum aber heisse ein solches, welches blos durch das Gedächtniß und den Gebrauch, ohne schriftlichen Aufsatz, erhalten wird [7]). Noch andere [8]) wollen auch diese Begriffe nicht ganz billigen, sondern erfordern zu einem geschriebenen Rechte im Sinne des römischen Rechts, erstens, daß es sich auf den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers gründe, und zweytens, daß es schriftlich abgefaßt sey. Insonderheit aber sey in den ältesten Zeiten der Römer ius scriptum dasjenige Recht genennet worden, was feyerlichst durch die Stimmen des Volks auf den Comitien als

5) WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Institution. Lib. I. Tit. II. §. 24. sagt: SCRIPTUM *dicitur, quia plerumque scribi solet: Scriptura enim non est de essentia legis.* Man sehe auch HUBER Praelect. Institut. *tit. de iur. nat. gent. et civ.* §. 7.

6) Dieser Meinung sind *Christ. Lud.* CRELL Observat. de origine et virtute iuris non scripti. *Vitemb.* 1739. §. 1. und GEBAUER *Ord. Institut. Iustinian.* Lib. I. Tit. II. §. 7. seqq.

7) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 102. pag. 84. — SCRIPTUM IUS dicitur, quod *in scripturam comprehensum* custoditur; NON SCRIPTUM vero, quod *memoriae tantum mandatur*, ut pro lege observetur.

8) Besonders *Gottl.* STURM in Diss. de distinctione iuris scripti et non scripti antiquitati restituta. *Ienae* 1725. inter EIUS *Dissertat. Ienens. Vitembergae editas.* pag. 20. seqq.

als Gesetz gebilliget, und in ehernen Tafeln aufgezeichnet worden; in den neuern Zeiten aber habe man mit diesem Namen dasjenige Recht bezeichnet, was vom Kaiser selbst, oder wenigstens unter der Auctorität und mit ausdrücklicher Genehmigung desselben schriftlich wäre bekannt gemacht worden. Alles dieses bestätige die unten angeführte Stelle des Kr. Justinians [9]), in welcher die verschiedenen Gattungen des geschriebenen Rechts der Römer aufgezählt werden: *Scriptum ius est lex, plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.* Prüfe man diese Gesetzarten, so werde man finden, daß sie alle die oben angeführten Kennzeichen eines geschriebenen Rechts an sich trügen; denn leges wurden durch die Stimmen des ganzen Röm. Volks auf den comitiis centuriatis; plebiscita aber zwar nur in den Versammlungen der Plebejer, und ohne Zustimmung des Senats, gemacht, aber sie waren doch seit dem Gesetz des Hortensius [10]) auch für die Patricier unläugbar verbindlich; und beyde wurden in ehernen Tafeln aufgezeichnet. Eben dieses geschahe mit den Senatusconsultis; denn seit den Zeiten des K. Tibers vertrat der Senat die Stelle des Volks, und der Kaiser, als princeps Senatus, schlug den versammleten Vätern Gesetze ungefähr auf die Art vor, wie in den Zeiten der Freyheit von einer Senatorischen oder Plebeiischen Magistratsperson die rogatio (Vortrag) an das Volk geschahe. Sogar die Rede des Kaisers an den Senat pflegte man in Erz zu graben [11]). Die constitutiones Principum warden

9) *§. 3. I. de I. N. G. et C.*

10) *§. 4. I. eod. L. 2. §. 8. D. de O. I.*

11) PLINIUS *Panegyr.* cap. 75. init.

den zwar ohne Solennität, blos durch den Willen des Kaisers, aber doch schriftlich publicirt. Die Worte Justinians §. 6. *Quodcumque Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae Constitutiones appellantur*, gäben solches selbst genugsam zu erkennen; womit auch Ulpian [12]) übereinstimme. Die Edicte der Präteren und der curulischen Aedilen wurden nicht nur gleich Anfangs schriftlich bekannt gemacht, sondern hatten auch, seitdem sie K. Hadrian in das Edictum perpetuum zusammenfassen ließ, und dieses als Gesetzbuch promulgirte, vim iuris scripti [13]). Nicht minder ertheilten die römischen Rechtsgelehrten ihre Gutachten schriftlich, seitdem August sie selbst zu diesem Geschäft autorisirt, und die Richter aus politischen Staatsabsichten von diesen Orakeln des Rechts abhängig gemacht hatte [14]); und Justinian legte ihnen vollends die Kraft eines geschriebenen Rechts dadurch bey, daß er aus den Responsis und Commentaren der römischen Juristen die Pandecten compiliren ließ. Hieraus ergebe sich also unwidersprechlich, daß ausser der ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzgebers die Scriptur zum Begriff eines geschriebenen Rechts, wenigstens nach der Idee der Römer, schlechterdings erfordert werde. *Ius non scriptum* hingegen sey im Sinne des römischen Rechts dasjenige Recht zu nennen, dem es entweder an der Scriptur, oder an der ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzge-

12) *L. 1. §. 1. D. de constitut. princip.*

13) §. 7. *I. de I. N. G. et C.*

14) §. 8. *I. eod.*

setzgebers, oder an beyden zugleich mangele. Zwar habe Justinian in seinen Institutionen [15]) nur einer Gattung des nicht geschriebenen Rechts ausdrückliche Erwähnung gethan, nämlich des Gewohnheitsrechts: SINE SCRIPTO *ius venit,* sagt er, *quod usus approbavit: nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur;* allein daß er damit die übrigen nicht ausgeschlossen haben wolle, sey aus dem folgenden §. zu ersehen: Et non ineleganter in duas species ius civile distributum esse videtur: nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum sc. et Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observabant, *memoriae mandarent:* Athenienses vero ea, quae in legibus *scripta comprehendissent*, custodirent. Hierdurch werde zu erkennen gegeben, daß ein zwar ausdrücklich, aber doch nur mündlich vom Gesetzgeber bekannt gemachtes Gesetz ad ius non scriptum gehöre.

Man sieht wohl aus der ganzen Darstellung dieser verschiedenen Begriffe, daß Justinian hauptsächlich an dieser Verwirrung schuld sey, indem derselbe in dem angef. §. 10 *Institut.* ganz offenbar nicht geschriebenes Recht im juristischen und grammatischen Sinn vermischt, und hierdurch auf den Irrwahn gerieth, den Ursprung des nicht geschriebenen Rechts, welches durch Gewohnheit entstanden, von den Lacedämoniern herzuleiten [16]). Wir können

15) §. 9. *I. eod.*

16) Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar den K. Justinian vertheidigen, wenn er den Ursprung des nicht geschriebenen Rechts von den Lacedämoniern, des geschriebenen aber von den

können aber hierin dem Kaiser um so weniger folgen, je bekannter es ist, daß diejenigen Gesetze, die Lycurg seinem Volke gab, keine Gewohnheitsrechte, sondern nur ungeschriebene Gesetze im grammatischen Sinn gewesen, die seine Bürger auswendig lernen mußten. Justinian redet hier nicht als Gesetzgeber, sondern macht den Historicus, und in solchen Fällen hat Schulting [17]) ganz richtig geurtheilt, wenn er sagt, *in rebus facti, qualis haec est, Imperatoris non maior est auctoritas, quam alicuius historici, adeoque hic ab illo licet dissentire.* Vergleicht man dagegen die Fragmente dieses Titels der Pandecten, so wird man daraus sehen, daß dem iuri scripto allemal dasjenige ius, quod moribus et consuetudine inductum est, entgegen gesetzet wird. Nicht nur Julian [18]), sondern vorzüglich auch Hermogenian [19]) unterscheidet auf

den Atheniensern ableitet; weil die Gesetze der Könige vorzüglich aus den Verfassungen der Lacedämonier, die Zwölftafelgesetze aber aus den Gesetzen der Athenienser ihren Ursprung genommen. S. GALVANUS de Usufructu Cap. VI. pag. 45. OTTO praefat. Thesaur. T. III. und in Commentar. ad Institut. h. t. §. 10. *Henr. Io.* ARNTZENIUS Specim. Observation. cap. XII. pag. 92. Allein deswegen waren doch die Gesetze der Könige so wenig, als die Gesetze des Lycurgs Gewohnheitsrechte; erstere waren nicht einmal νόμοι ἄγραφοι. DIONYSIUS lib. II. pag. 94. (edit. *Sylburg.*)

17) SCHULTING ad Caji Institut. Lib. I. not. 6. *Iurisprud. Antejust.* pag. 2.

18) *L. 32. pr. D. h. t.* De quibus causis *scriptis* legibus non utimur, id custodiri oportet, quod *moribus et consuetudine* inductum est.

19) *L. 35. D. eod.* Sed et ea, quae *longa consuetudine* comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, *velut tacita civium*

diese Art geschriebenes und nicht geschriebenes Recht; und daß ersteres im eigentlichen Verstande anders nichts, als ein vom Gesetzgeber ausdrücklich bekannt gemachtes Recht sey, giebt Julian durch die Worte deutlich zu verstehen: *quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis et factis?* ohne dabey des Erfordernisses einer schriftlichen Promulgation zu gedenken. Zwar wendet man dagegen ein, daß jene römische Juristen die demokratische Verfassung Roms vor Augen gehabt, nach welcher die Gesetze der Nation auf den Comitien, ohnehin schriftlich, wären verfasset worden [20]. Allein dieser Einwurf ist ganz ungegründet, denn beyde oben gedachte Rechtsgelehrte lebten unter den Kaisern, und man sieht aus ihrem Vortrage ganz deutlich, daß sie von ihren Zeiten reden. Dem römischen Zepter waren jedoch zu den Zeiten dieser Rechtsgelehrten mancherley Nationen unterthan, die ihre eigene Rechte hatten, welche unter dem Namen *Lex municipalis* in unsern Pandecten angeführet werden [21]. Solche municipia konnten vermöge der ihnen ver=

civium conventio, non minus, quam ea, quae *ſcripta* ſunt *iura*, ſervantur.

20) STURM in der angeführten Diſſert. §. XX. Not. a.

21) *L. 3. §. 5. D. de ſepulcbro viol.* und *tot. Tit. D. ad municipalem*, ſc. legem, wie *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. II. Theſ. Iur. Rom. pag. 12. gegen Cujaz erwiesen hat. Lex municipalis wird unterweilen auch *lex civitatis* L. 1. D. de muner. et honor. ferner *lex cuiusque loci*, L. 5. §. 1. D. de iure immunitat. auch *lex* schlechtweg genennt. L. 3. D. quod cuiusq. univ. nom. L. 12. D. de appellat. L. 11. D. de Decurion. *L. un. D. de via publ.* S. *Ge.* D'ARNAUD var. Coniectur. iuris civ. Lib. I. cap. 18.

verstatteten Avtonomie nicht nur communi velut sponsione sich selbst geschriebene Gesetze machen, sondern auch gleichsam durch einen stillschweigenden Vertrag ein Gewohnheitsrecht einführen [22]). Von diesen haben wahrscheinlich beyde römische Juristen geredet [23]), welches besonders daraus erhellet, weil Julian sagt, daß, wenn weder geschriebenes, noch Gewohnheitsrecht eine Entscheidungsnorm gäbe, auch aus der Aehnlichkeit der Fälle keine Regel abstrahiret werden könne, dasjenige Recht sodann beobachtet werden müsse, quo urbs Roma utitur [24]).

Aus diesen allen erhellet nun soviel, daß man bey Bestimmung der Begriffe des geschriebenen und nicht geschriebenen Rechts einen zweyfachen Sinn unterscheiden müsse, den eigentlichen oder juristischen, und den uneigentlichen oder grammatischen. In dem erstern Verstande heißt *lex scripta* ein solches Gesetz, was seine Verbindungskraft durch den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers erhalten hat. Hingegen ein solches Recht, welches sich ursprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Gesetzgebers gründet, sondern durch Gewohnheit entstanden ist, wird *ius non scriptum* im juristischen Verstande genennt [25]). Im grammatischen Sinn aber

22) *Adr. Deodat.* STEGER Diss. ad Legem municipalem Romanorum. Lips. 1738.

23) S. *Ios.* FINESTRES et *de* MONSALVO in Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar. Tom. I. ad L. 35. D. de LL. pag. 216. und *Car. Ad.* BRAUN Diss. ad L. 32. D. de Legib. *Erlangae* 1746.

24) *L. 32. pr. D. de LL.*

25) Daß diese Begriffe nicht nur bey den röm. Rechtsgelehrten, sondern auch bey andern classischen Auctoren gebräuchlich sind, hat

aber heißt ein Recht oder Gesetz alsdann **geschrieben**, wenn es schriftlich verfaßt, und **nicht geschrieben**, wenn es nicht schriftlich aufgezeichnet ist, sondern blos durch das Gedächtnis erhalten wird. Nach diesem Unterschiede kann daher 1) ein Recht ein geschriebenes oder ungeschriebenes in beyderley Verstande zugleich seyn. 2) Es kann ein Recht, das im grammatischen Sinn ungeschrieben ist, dennoch ein geschriebenes Recht im juristischen Verstande, und so auch umgekehrt seyn. 3) Es kann ein Recht, seinem Ursprung nach, ungeschrieben im juristischen Verstande seyn, und in ein geschriebenes Recht im juristischen Sinn verwandelt werden. Das römische Recht giebt uns davon genug Beyspiele, wie aus Gewohnheitsrechten in der Folge Gesetzbücher entstehen können. War nicht das ganze ius honorarium, welches aus den Edicten der Prätoren und anderer römischer Magistratspersonen herstammt [26]), desgleichen das eigentlich sogenannte *ius civile* [27]), welches aus den Gesetzerklärungen und Gutachten der römischen Rechtsgelehrten seinen Ursprung genommen, und durch den Gerichts-

hat *Ge.* D'ARNAUD in var. Coniectur. iur. civ. Lib. I. cap. X. mit vielen Stellen der Alten erwiesen.

26) CICERO *de inventione* lib. II. c. 22. und in dieser Hinsicht schreibt auch PAULUS *Sentent. Recept.* V. 4. 6. 7. namentlich die vom Prätor eingeführte actionem iniuriarum aestimatoriam den *moribus* zu.

27) *L.* 2. §. 5. *D. de O. I.* — Haec disputatio (fori) et hoc ius, quod *sine scripto* venit, compositum a *Prudentibus*, propria parte aliqua non appellatur — sed communi nomine appellatur IUS CIVILE, und §. 12. heißt es: est proprium IUS CIVILE, quod *sine scripto* in sola *Prudentium* interpretatione consistit.

richtsgebrauch bestättiget worden, ursprünglich bloßes Gewohnheitsrecht (ius non scriptum), und doch konnte Justinian zu seinen Zeiten beydes ganz richtig zum ius scriptum zählen [28])? Auch in neuern Zeiten sind die Beyspiele hiervon nicht selten. Nur darf in einem solchen Falle, da bisherige Gewohnheitsrechte in geschriebene Gesetze verwandelt werden, ihre ursprüngliche Eigenschaft nie vergessen, und daher solche mit andern Gesetzen, die ganz neue Verordnungen enthalten, nie auf einerley Fuß behandelt werden. Wenigstens der Rechtsgelehrte muß immer eingedenk seyn, daß der Inhalt solcher Gesetze schon lange vorher seine Rechtskraft hatte, und daß also der Ursprung und der wahre Grund eines solchen Rechts nicht erst in jenen neuern Gesetzen, sondern schon in weit ältern Zeiten zu suchen ist. Denn sonst würde man in Auslegung und Anwendung solcher Gesetze nur gar zu oft das wahre Ziel verfehlen [29]). Endlich 4) kann auch ein ursprünglich kundgemachtes Recht vim legis scriptae verlieren, und nur als Gewohnheitsrecht (tanquam ius non scriptum) beybehalten werden. Die Gesetze der römischen Könige, die Gesetze der alten teutschen Völker, die Capitularien der fränkischen Könige u. a. m. geben uns davon sehr treffende Beyspiele. Daher kann man sich's erklären, warum die römischen Juristen dasjenige Recht, welches durch die Gesetze der römischen Könige ist eingeführet worden, z. B. ius patriae potestatis, cura prodigorum, u. d. m. den moribus zuschreiben.

28) *§. 3. I. de I. N. G. et Civ.*

29) S. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte. 2. Th. S. 22.

ben[30]). Exactis enim regibus, erzählt uns Pomponius[31]), Lege Tribunicia, omnes leges hae (regiae) exoleverunt: iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et *consuetudine* ali, quam per latam legem.

§. 83.

Verschiedene Gattungen des nicht geschriebenen Rechts. Herkommen. Gewohnheit. Observanz.

Das nicht geschriebene Recht kann nun von sehr verschiedener Beschaffenheit seyn. Einmal ein solches, das zwar ehemals ausdrücklich bekannt gemacht, aber nicht schriftlich verfasset worden, sondern sich blos durch den Gebrauch erhalten hat, und so auf die Nachkommen fortgepflanzt worden ist; dieses wird *ius traditum*[32]), ein hergebrachtes Recht, Herkommen genennt. Von dieser Beschaffenheit waren vor Zeiten die meisten Reichstagsschlüsse. Sie wurden bis gegen Ende des funfzehnten Jahrhunderts selten förmlich ausgefertiget. Man publicirte sie zwar, aber nur mündlich. Daher wurden sie in der

30) *L.* 8. *D. de his qui sui vel al. iuris.* *L.* 1. *D. de curat. furios.* *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. VII. §. 1. pag. 130. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuscul. minorib. varii argum. pag. 59.

31) *L.* 2. §. 3. *D. de Or. Iuris.*

32) Im römischen Rechte heißt *ius per manus traditum*, dessen in der *L.* 10. *D. de iure codicillor.* Erwähnung geschiehet, dasjenige ius, quod sine scripto traditionibus inductum est veterum Iuris consultorum, und sonst unter dem Namen der *mediae iurisprudentiae* bekannt ist. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. VI. pag. 46. seqq.

der Eigenschaft der Reichsgesetze bald unbekannt und vergessen, und nur als ein Herkommen beybehalten und beobachtet. Eine Ursache, warum wir so wenig alte ächte Reichsgesetze haben [33]). Ein solches herkömmliches Recht ist nun zwar im grammatischen Sinn ein nicht geschriebenes Recht, das durch den Gebrauch erhalten wird; allein in so fern doch die ursprüngliche Bekanntmachung desselben erwiesen werden kann, hat es die Natur eines geschriebenen Rechts im eigentlichen oder juristischen Sinn, und darf mithin nicht nach den Grundsätzen eines Gewohnheitsrechts beurtheilet werden. Entsteht demnach über die Gültigkeit eines solchen Rechts ein Zweifel, so darf nur erwiesen werden, daß die ehemalige ausdrückliche Kundmachung desselben geschehen sey; ist diese ausser Zweifel gesetzt worden, so muß die Vermuthung für die Gültigkeit eines solchen Gesetzes oder Rechts so lange Statt finden, bis das Gegentheil von dem andern dargethan wird [34]). Sollte aber die Bekanntmachung eines solchen Rechts so ganz in Vergessenheit gerathen seyn, daß von derselben keine Beweise dargeleget werden könnten, so wird es nun als ein Gewohnheitsrecht zu betrachten, und nach den Grundsätzen, die davon gelten, zu beurtheilen seyn. So gelten z. B. noch manche alte teutsche Rechte, welche durch Sprüchwörter oder durch die alten Rechtsbücher auf

 uns

33) Car. Fried. Gerstlachers Abhandlung von den Gesetzen und Ordnungen des teutschen Reichs. 1. Band. 1. Kap. S. 16. 17.

34) Eichmann Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 365. u. folgg.

uns gekommen sind, deren Ursprung sich übrigens nicht erweisen läßt [35]).

Zweitens kann das nicht geschriebene Recht auch ein solches seyn, welches sich ursprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Gesetzgebers gründet, und dann ist es entweder durch Gewohnheit, oder durch Observanz eingeführet worden. Was nun aber eine Gewohnheit sey, und wie sie sich von der Observanz unterscheide, wird der folgende §. lehren.

§. 84.

Verschiedene Bedeutung der Worte *consuetudo*, und Gewohnheit. Unterschied zwischen Gewohnheit in eigentlicher Bedeutung und Observanz.

Das lateinische Wort *consuetudo* hat wie das teutsche Gewohnheit mancherley Bedeutungen, und es ist nothwendig, diese kürzlich anzuführen, um nachher den eigentlichen Begrif von Gewohnheit desto richtiger bestimmen zu können. *Consuetudo* zeigt 1) in unsern Gesetzen einen sehr genauen Umgang, oder gesellschaftliche Verbindung verschiedener Personen mit einander an. In dieser Bedeutung wird nicht nur die Ehe [36]), sondern auch der Concubinat mit diesem Worte bezeichnet. So z. B. sagt **Modestin** [37]): Stuprum committit, qui liberam mulierem *consuetudinis*

35) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 1. Band. §. 57.

36) *§. 1. I. de patr. pot.* Vergleiche auch SUETONIUS in *Neron. c.* 35. *init.* wo er vom Nero erzählt, eum Octaviae (uxoris) *consuetudinem* (eheliche Beywohnung) aspernatum.

37) *L.* 34. *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

dinis causa, (d. i. zur Concubine) non matrimonii, continet. 2) Bedeutet *consuetudo* auch dasjenige, was nach der Ordnung der Natur gewöhnlich zu seyn pflegt. In diesem Verstande nimmt Paulus [38]) dieses Wort, wenn er bey Entscheidung der Frage, ob durch Ernennung solcher postumorum, die der Testirer seines Alters oder einer vorhandenen Leibesschwäche halben vielleicht nicht mehr erwarten dürfte, ein ersteres Testament aufgehoben werde? seine bejahende Meinung mit dem Grunde unterstützt: quod natura magis in homine generandi et *consuetudo* spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate: das ist, weil man mehr auf die Regel, nach welcher ordentlicher Weise Menschen die Erzeugungs Kraft haben, als auf die Ausnahme Rücksicht nehmen muß [39]). 3) Heißt *Consuetudo* auch oft eine Befugniß, oder ein Recht, das jemand seit langer Zeit ausgeübt hat. So können nach positiven Gesetzen Rechte und Befugnisse durch die langwierige Ausübung (longa consuetudine) so gut, als durch ein Gesetz eingeführet werden [40]). Bey Dienstbarkeiten weißt das römische Recht namentlich der Gewohnheit ihren Wirkungskreis an, wie aus den unten [41]) angeführten Gesetzstellen zu ersehen ist, in welchen unter *longa consuetudo* nichts anders als ein langer Ge-

38) *L. 9. pr. D. de lib. et postum.*

39) S. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten (Leipzig 1790) §. 477. S. 355.

40) *L. ult. Cod. de emancipat. liberor. L. un. C. de auro coron.*

41) *L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. arc. L. 13. §. 1. D. commun. praedior. L. 1. Cod. de Servitut.*

Gebrauch, oder eine seit langer Zeit fortgesetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verstanden wird; und in eben diesem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanonischen Rechte [42]) gebraucht, da wo von einer *consuetudine praescripta* die Rede ist. Dies sind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache gehören, aber doch zu wissen nöthig sind [43]). Wir kommen nun zu unserm Zwecke näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) Gewohnheit für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde; in dieser Bedeutung nehmen unsere Gesetze das Wort *consuetudo* ebenfalls, wenn sie dieselbe als den Entstehungsgrund des iuris non scripti ansehen [44]). In eben dieser Bedeutung schreiben sogar unsere Gesetze [45]) den Thieren eine Gewohnheit (*consuetudo*) zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung ist. Sie ist zuweilen als ein künstlicher Beweiß des Eigenthums eines Thiers gebraucht worden [46]). Ferner verstehet man 5) unter Gewohnheit

42) *cap.* 5. 6. 8. u. 11. *X. de consuetud. c.* 50. *X. de elect. cap.* 3. *de consuet. in 6to.*

43) Mehrere Bedeutungen, auch noch mehrere Beweißstellen zu den von uns angeführten findet man beym BRISSONIUS de Verbor. signific. v. *consuetudo.*

44) *L.* 32. *pr. L* 35. *L.* 39. *D. de LL.* consuetudine inductum, comprobatum, obtentum est.

45) §. 15. *I. de rer. divis. L.* 5. §. 5. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. §. 1. *D. fam. ercisc.* wo gesagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, so lange unser Eigenthum bleiben, als sie das Wiederkommen nicht vergessen, (quam diu consuetudinem habeant ad nos revertendi).

46) Einen solchen Fall hat CRELL in Dissert. de orig. et virt. iuris non scripti. Obs. V. pag. 18. *Equus furto subtractus erat,*

heit auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist. So z. B. wollen die Gesetze[47]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit lezter Willensverordnungen auf die Gewohnheit des Erblassers (consuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art sich auszudrucken, und in dergleichem Falle, wovon die Rede ist, zu handeln, vor allen Dingen Rücksicht genommen werden solle. Es ist jedoch nicht gleich eine jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstanden ist, für verbindlich zu halten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob diese Regel nur von einem, oder mehrern einzelnen Personen, oder ob sie von allen ist beobachtet worden. Im erstern Falle verbindet dieselbe weder diejenigen, die sie freywillig beobachten, cum nemo eam sibi possit legem dicere, a qua ei recedere non liceat[48]); noch auch andere, nam inter alios gesta, quorum ex volun-

erat, et a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iureiurando affirmare detrectabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam, et observari, quid contingat: Quod facile impetravit a iudice. Equus cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit. Intromissus stabula nota quaesivit; quae cum ab aliis equis occupata essent, non quievit, donec viam sibi faceret ad praesepia, atque ad eundem locum, in quo olim consistere solitus fuerat. Ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.

47) *L.* 21. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss. L.* 50. §. *ult. D. de legat.* 1. *L.* 14. *D. de ann. legat. L.* 23. §. 1. *D. de pecul. legato.*

48) *L.* 22. *pr. D. de legat.* 3.

voluntate valent, aliis non nocent, qui non consensisse probari possunt [49]); es wäre denn, daß die Gesetze selbst die besondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewissen Fällen zur Norm vorgeschrieben hätten, wie z. B. bey Erklärung letzter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasjenige, was in einem gewissen Falle gemeiniglich und von den meisten zu geschehen pflegt, im Zweifel zum Entscheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umständen zu ersehen ist, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anderes gefallen habe [50]). Im zweyten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewissen Region zeither sich nach einer gewissen Regel gerichtet, und solche in der Meinung, daß sie so, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, so wird eine solche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit [51]), und diese nimmt, so fern

49) *L.* 1. *C. inter alios acta etc. L.* 74. *D. de R. I.*

50) Man sehe hier die schon mehrmahlen angeführte Diss. des CRELL Obs. 3. pag. 15. woraus ich nur folgende Stelle anführen will: *Quoties non* ANIMO, CONSTITUENDI REGULAM, *aliquid invaluit, quamvis a multis frequentatum sit, vim consuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel* NON DIU *satis, vel* NON AB OMNIBUS, *sed a multis duntaxat, neque* PERPETUO SIMILITER, *observata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a* PLURIMIS *facta sunt, prorsus negligimus in iudicando.* SOLENT *enim,* QUAE PLERUMQUE FIUNT, *quamvis non expressa sint, in dubio* PRAESUMI; *nisi appareat,* DIVERSUM *placuisse. Ita* POMPONIUS *tradidit L.* 3. *D. de reb. cred.*

51) Sehr richtig sagte daher CICERO *de Invent.* lib. II. cap. 22. schon zu seinen Zeiten, CONSUETUDINIS *ius* esse putatur id, quod *voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit.

fern sie vom Gesetzgeber, es sey stillschweigend oder ausdrücklich, gebilliget worden, das Gepräge eines Gesetzes an. Daraus entsteht nun die Idee einer Gewohnheit im strengsten Verstande, und für Gesetz genommen. Gewohnheit, in so fern man darunter ein nicht geschriebenes Gesetz verstehet, ist also endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate Gesetzes Kraft erhalten hat. Von dieser wird nun vorzüglich zu handeln seyn. So gewöhnlich es nun ist, die Wörter Gewohnheit und Observanz in allgemeiner Bedeutung für Eins zu nehmen, insofern man darunter überhaupt eine Regel verstehet, welche nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern durch Handlungen eingeführt worden ist; so gewiß ist es doch, daß im eigentlichen Verstande zwischen beyden ein sehr wichtiger Unterschied vorhanden sey. Denn Observanz in der eigentlichen und engern Bedeutung ist eine Regel oder Entscheidungsnorm, welche in einem Collegium, oder universitate personarum durch einen stillschweigenden Vertrag derjenigen, welche dabey interessirt sind, ihr Daseyn und verbindliche Kraft erhalten hat [52]). Der Unterschied zwischen Gewohnheit und Observanz, insofern beydes in seiner eigentlichen und engern Bedeutung genommen wird, besteht nun im Fol-

52) S. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. VI. §. 2. u. 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 235. Meurers jurist. Abhandl. 1. Samml. N. VI. und besonders *Car. Frid. Guil. de* SPANGENBERG Commentat. de observantia imperii. *Halae* 1794. 8. Cap. I.

Folgenden. I) Die Gewohnheit wird durch Handlungen der Unterthanen; die Observanz durch Handlungen in einem Collegio eingeführt. Sie können übrigens von Mitgliedern des Collegiums sowohl, als auch von Fremden vorgenommen werden, indem auch diese dadurch ein Recht in einer Gesellschaft, deren Genoßen sie nicht sind, erlangen können [53]). II) Die Gewohnheit erhält ihre verbindliche Kraft durch die Genehmigung des Gesetzgebers; die Observanz aber durch die stillschweigende Einwilligung des Kollegiums, oder derjenigen Mitglieder derselben, welche bey der Sache interessirt sind. III) Die Gewohnheit hat demnach die Kraft eines eigentlichen Gesetzes; die Observanz aber die Kraft eines stillschweigenden Vertrags (vim taciti pacti) [54]). IV) Zur Einführung einer Gewohnheit werden mehrere, und eine lange Zeit hindurch fortgesezte Handlungen erfordert, zur Observanz aber nicht, weil zu einem durch Vertrag erworbenen Rechte weder

53) So z. B. kann das Recht bey der Wahl eines Prälaten zu concurriren, und ein Stimmrecht auszuüben, durch Observanz von Fremden erworben werden, die sonst keine Mitglieder des Capitels der verwaißten Kirche sind, und also ordentlicherweise in demselben keinen Siz und Stimme haben. *cap.* 8. *X. de consuet.* *c.* 50. *X. de elect.* Auch das Recht, für eine erledigte Pfründe einen Geistlichen zu ernennen, kann man durch Observanz acquiriren. *c.* 24. *X. eodem.* S. BOEHMER a. a. O. §. 236. not. d. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 311. *Maur.* SCHENCKEL in Iuris Eccles. statui Germ. maxime et Bavariae accommod. Syntagm. (*Salisb.* 1786. 8.) §. 467.

54) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Decis. LI. n. 17. pag. 104.

weder mehrere Handlungen, noch der Ablauf einer gewissen Zeit vonnöthen ist[55]).

§. 85.

Wodurch erhält eine gesetzliche Gewohnheit ihr Daseyn und Gültigkeit?

Es kommt nun in der weitern Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrechte hauptsächlich auf zwey Fragen an. I) Wie entsteht eine gesetzliche Gewohnheit? und II) wodurch erhält sie verbindliche Kraft? In Ansehung der erstern Frage bemerken wir hier nur im Allgemeinen, daß zur Einführung einer Gewohnheit habile Handlungen erfordert werden. Wie aber diese Handlungen geeigenschaftet seyn müssen, wird uns der folgende Paragraph erst lehren. Soviel hiernächst die zweyte Frage anbetrift, so ist nun zwar soviel ausser allem Zweifel, daß eine gesetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Gesetzgebers bekommt, ohne welchen sich überhaupt kein positives Gesetz gedenken läßt; allein eine andere Frage ist,

55) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 127. Bey der Lehre von der kirchlichen Observanz hat auch der berühmte Hr. Geh. JustizR. Böhmer in seinem vortreflichen Lehrbuche des Canonischen Rechts §. 236. richtig bemerkt, daß *unicum factum haud contradictum, opinione iuris, sciente et non contradicente ecclesia, susceptum* zur Begründung einer solchen Observanz genüge; und man kann dies allerdings als einen allgemeinen Satz in der Lehre von der Observanz gelten lassen. S. Meurer a. a. O. §. 5. u. folgg. NETTELBLADT Syst. elem. iurispr. pos. Germ. §. 889 und besonders *de* SPANGENBERG cit. Commentat. Cap. I. §. 9. et 10.

ist, woraus dieser Wille des Gesetzgebers zu erkennen sey? Nach der gewöhnlichen Theorie, die auch in dem System unsers Autors herrscht, behauptet man, daß die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich auf dem stillschweigenden Consens des Gesetzgebers beruhe, dieser aber aus der nicht widersprochenen öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen der Unterthanen gefolgert werden müsse. Allein prüft man diese Theorie genauer, vergleicht man sie mit dem, was die Erfahrung und die Gesetze selbst uns hiervon lehren, so wird man gar bald einsehen, daß sie äusserst mangelhaft sey. Wie! wenn der Gesetzgeber durch ausdrückliche Verordnungen festgesetzt hätte, daß in gewissen Fällen vernünftige Gebräuche und gute Gewohnheiten den Gesetzen gleich beobachtet werden sollen! Und haben wir nicht sowohl im römischen Gesetzbuche, als in den teutschen Reichs- und Landesgesetzen Beyspiele genug, die dieses bestättigen? Wer hieran zweifelt, lese nur die Verordnungen des röm. Kaisers Alexander [56]), die Cammergerichtsordnung [57]), die P. Gerichtsordnung Carls V. [58]), den jüngsten Reichsabschied von 1654 [59]) das *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* [60]) u. a. m. Ja es kann der Gesetzgeber nicht nur mittelst seiner

56) **L. 1. C.** *quae sit longa consuet.* **L. 3. C.** *de aedific. privat.* — Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et *consuetudo* praecedens, et ratio, quae *consuetudinem* suasit, custodienda est.

57) Th. I. Tit. 13. §. 1.

58) Art. 104. 116. u. a. m.

59) §. 105.

60) Art. VIII. §. 4.

seiner allgemeinen durch ein Gesetz ausdrücklich erklärten Einwilligung die in seinem Lande übliche ehrbare Gewohnheiten überhaupt bestättigen, sondern auch in einer Verordnung einer gewissen einzelnen Gewohnheit insbesondere die Kraft eines Gesetzes ertheilen [61]). Unstreitig folgt hieraus, daß die allgemeine Grundlegung einer stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers bey dem Gewohnheitsrechte nichts weniger als gegründet sey, wie solches auch schon andere mit mehrern gezeigt haben [62]). Es kann vielmehr die Einwilligung des Gesetzgebers, wodurch den Gewohnheiten gleichsam das Siegel des gesetzlichen Ansehens aufgedruckt wird, eben sowohl eine ausdrücklich erklärte als eine stillschweigende seyn. Ob nun wohl in Ansehung des Effects kein Unterschied ist, ob der Gesetzgeber seine Genehmigung in eine entstandene Gewohnheit ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen giebt; so ist doch der Unterschied in Ansehung der Form dieser beiderley Art der Willenserklärung desto wichtiger. Denn so gewiß es ist, daß aus dem blosen Stillschweigen nicht immer gleich eine Ein-

61) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 232. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 393. am Ende und folg. EYBEL Introd. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 268.

62) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 2. WOLTAER Observat. iuris civ. Fascic. I. Obs. 7. §. 1. CRELL Observat. de origine et virtute iuris non scripti. Obs. 2. am Ende S. 11. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 24. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 110. pag. 59. besonders *von dem* BUSCH Diss. Cap. III §. XXVI — XXXII.

willigung schliessen läßt, sofern nicht entweder eine Verbindlichkeit vorhanden war, zu widersprechen, falls man mit dem, was geschiehet, nicht zufrieden ist, oder das Stillschweigen nach den Umständen der Sache gar keine andere vernünftige Erklärung litte, als diese, daß es eine Einwilligung zum Grunde habe [63]); so unläugbar ist es auch, daß daraus allein, daß der Gesetzgeber zu den Handlungen seiner Unterthanen, die sie bisher nach einer gewissen unter sich beobachteten Regel alle auf einerley Art unternommen haben, stillschweigt, noch keinesweges der Wille desselben, dieser Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes zu ertheilen, gefolgert werden könne; sondern es wird vielmehr dazu erfordert, daß die Handlungen und das Benehmen des Regenten so beschaffen seyen, daß daraus mit Gewißheit auf seine Einwilligung geschlossen werden könne. Dieses aber kann nur alsdann mit Grunde geschehen, wenn erwiesen ist, daß der Gesetzgeber eine gewisse Notiz von derjenigen Gewohnheit gehabt, von deren verbindenden Kraft die Rede ist, und dennoch den nach derselben bisher und schon seit langer Zeit unternommenen Handlungen seiner Unterthanen niemals widersprochen, sondern vielmehr dieselben ein- oder wohl mehrmahlen selbst bestätiget habe. Wenn im Gegentheil die Genehmigung vom Gesetzgeber auf die Art geschehen, daß derselbe durch eine ausdrückliche Verordnung über die in seinem Lande übliche Gewohnheiten zu halten befohlen hätte, so ist in einem solchen Falle nicht nöthig, daß der Gesetzgeber jede einzelne Gewohnheit, und die Handlungen, wodurch diese eingeführet worden, gewußt haben

63) S. Reinhardts Sammlung jurist. philosoph. u. krit. Aufsätze. 1. Bandes 5. Stück. S. 308.

haben müsse[64]); nein es ist genug, daß einmahl die generelle Bestättigung geschehen; es wäre denn, daß von solchen Gewohnheiten die Rede sey, welche geschriebenen Gesetzen gerade entgegen streiten. Gewohnheiten dieser Art müssen durchaus in specie vom Landesherrn gebilliget seyn; und es wird der deutlichste Beweiß erfordert, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen sind. Denn ohnmöglich können jene Gesetze, welche die Gewohnheiten im allgemeinen bestättigen, so ausgelegt werden, als ob der Regent seinen Unterthanen die Befugniß ertheilet hätte, seinen einmahl gegebenen Gesetzen, durch Einführung anderer Gebräuche, ihre Kraft zu entziehen[65])

Da übrigens die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich von der Einwilligung des Gesetzgebers abhängt, so versteht sich's, daß die Gültigkeit derselben

 nie

64) *cap.* 1. *de constitut. in 6to.* Hiermit stimmt auch überein Danz im Handbuch des heut. teutschen Privatrechts 1. Band §. 56. S. 194.

65) Vortreflich sagt RICCIUS in Spicilegio iuris Germanici pag. 2. seqq. *Quum omnem legis condendae et publicandae potestatem populus in principem transtulerit, et naturali ratione eius sit solvere, qui potest velle, frustra utique in principem legislatoria potestas foret collata, si civibus liceret, leges, quas vellent, contrario usu vel pluribus actibus publice susceptis, legi contrariis antiquare. Graviter proinde et recte iam olim in diplomate suo de a.* 1360. *pronunciavit Rudolphus IV. Archidux Austriae:* so soll noch mag dieselbe Gewohnheit, wie alt sie wär, die also wider das gemeine Recht, und wider die Wahrheit ist, kein sunder Recht machen noch bringen. *Rei enim veritate inspecta non plures actus publice suscepti, sed mutata principis voluntas factis declarata tollit legem antea latam.*

nie weiter ausgedehnet werden dürfe, als der Consens des Gesetzgebers sich erstreckt. Hätte also der Landesherr ausdrücklich erklärt, daß nur die alten guten Gewohnheiten allein, oder nur diejenigen Gewohnheiten, welche er in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, eine gesetzliche Kraft haben sollten, so sind nur diese allein für gültig zu halten, und kann in solchen Fällen der Consens des Landesherrn weder auf künftige neue Gewohnheitsrechte, noch auf diejenigen alten Gewohnheiten gezogen werden, die in dem Gesetzbuche nicht begriffen sind, sondern es sind vielmehr solche als aufgehoben anzusehen [66].

§. 86.

Erfordernisse einer gültigen Gewohnheit.

Wir schreiten nun zur ausführlichern Erörterung der im vorigen Paragraph aufgeworfenen erstern Frage, und wollen jetzt zeigen, wie diejenigen Handlungen beschaffen seyn müssen, durch welche eine legale Gewohnheit eingeführt werden soll? Die gesetzlich bestimmten Eigenschaften solcher Handlungen sind folgende.

I) Es werden mehrere Handlungen erfordert. Nicht nur die Natur einer jeden Gewohnheit an sich, als welche nur aus wiederholten Handlungen entstehen kann, bringt

66) Ein Beyspiel davon giebt das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten I. Th. Einleit. §. 3. — Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben sollen, müssen den Provinzialgesetzbüchern einverleibt seyn.

bringt dieses nothwendig mit sich, sondern die Gesetze [67]) selbst haben es auch deutlich bestimmt. Eine einzige Handlung ist also nicht hinreichend. Denn wie könnte man daraus eine gewisse und beständige Regel für die Zukunft folgern? Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [68]), welche diesem ohngeachtet sich überredet haben, daß auch durch einen einzigen Act eine Gewohnheit begründet werden könne. Allein diese Meinung bedarf keiner Widerlegung, wenn sie auch von andern [69]) nicht schon so gründlich wäre widerleget worden. **Wie viele Handlungen nun aber zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit erforderlich sind?** darüber treffen wir nirgends in unsern Gesetzbüchern eine entscheidende Bestimmung an. Kein Wunder ist es demnach, wenn die Rechtsgelehrten desfalls in ihren Meinungen nicht mit einander übereinstimmen? Einige [70]) wollen zwey Handlungen schon für hinlänglich halten. Allein diese sind von **Voet** [71]), **Noodt** [72]), und am neuesten

67) **L. 1.** C. *quae sit long. consuet.* **L.** 3. C. *de aedific. privat.*

68) Z. B. *de* COCCEJI Iur. Controv. h. t. Qu. 10. TITIUS iur. privato lib. I. c. 7. §. 9. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta titulos Decretalium lib. I. tit. IV. de consuetudine §. 9. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 270. Not. a. nr. 1. pag. 86.

69) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XI. med. 7. pag. 211. **Eichmann** Erklärungen des bürgerl. Rechts 1. Th. S. 373. Not. z.

70) Dieser Meinung sind CARPZOV P. II. Const. 3. definit. 22. n. ult. SCHILTER Exerc. 2. th. 17. GAIL lib. II. Obs. 31. n. 7. **Eichmann** a. a. O. S. 374. u. a. m.

71) Commentar. ad Digesta Tom. I. h. t. §. 29.

72) Comment. ad Dig. h. t. pag. 15.

neuesten von den Gebrüdern Overbeck[73]) gründlich widerleget worden. Nur haben letztere ein Hauptargument übersehen, worauf sich die Vertheidiger jener Meinung ganz vorzüglich stützen. Dieses ist der Ausspruch Ulpians[74]): *pluralis elocutio duorum numero contenta est.* Ob jedoch dieses Argument mehr, als die übrigen, beweise, daran zweifele ich noch sehr. Das Gesetz redet eigentlich vom Beweise durch Zeugen, und will, daß in jedem Falle, wo mehrere Zeugen erfordert werden, die Zahl derselben aber doch nirgends ausdrücklich bestimmt worden ist, schon zwey genügen sollen, weil diese, vorausgesetzt, daß sie untadelhaft sind, in der Regel einen vollständigen Beweis machen. Hier ist also von keiner legalen Gewohnheit die Rede, und der Unterschied zwischen **Beweis** und **Gewohnheit** ist, wie mich dünkt, zu auffallend, als daß von der Anzahl der zu einem vollständigen Beweis erforderlichen Zeugen, auf die Zahl der Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden soll, der Schluß gelten könnte[75]). Die meisten behaupten daher, daß zwey Handlungen für zureichend nicht

73) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band. Meditat. 182. S. 312. u. folgg.

74) *L. 12. D. de testibus.*

75) Von dem gewöhnlichen Mißbrauch der *L. 12. D. de test.* und den daher entstandenen Irrthümern haben bey andern Gelegenheiten schon ein Wort zu seiner Zeit geredet *God. Lud.* MENCKEN in Commentat. ad L. XVIII. C. de testib. *Lipsiae* 1748. pag. 14. und *I. D.* WIBEKIND in Diss. de incommodis per interpretationes usuales et observantias in iurisprud. invectis §. 22. Siehe auch **meine** Opuscula Fasc. I. pag. 16.

nicht zu halten [76]). Sie glauben, daß uns die Gesetze [77]) selbst dies lehren, wenn diese zur Begründung einer Gewohnheit erfordern, daß etwas *frequenter* d. i. häufig geschehen sey, welches sich aber von dem, was zweymahl geschehen, noch nicht sagen ließe.

Diejenigen, welche in Ermangelung besonderer landesherrlicher Verordnungen die Sache dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen, hegen ohnstreitig die richtigste Meinung [78]). Es kommt also alles darauf an, ob so viele Handlungen würklich vorgekommen sind, daß aus denselben nicht nur überhaupt eine gewisse und beständige Regel hergeleitet, sondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Landesherrn geschlossen werden kann. Dieser Beweis aber liegt jederzeit demjenigen ob, der sich in einer streitigen Gewohnheit gründet. Kann dieser Beweis geführt werden, so kommt es auf die Vielheit der Acte gar nicht an. Die Gewohn-

76) Ausser den angeführten NOODT, VOET u. s. w. glauben dieses GUNDLING in Gundlingianis St. VII. Obs. 3. §. 17. KEMMERICH de probatione consuetudinis. Sect. II. §. 4. lit. c. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de I. N. G. et C. Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 130. S. 309. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Proleg. Cap. II. §. 11.

77) *L. 1. C. quae sit long. consuet. L. 3. C. de aedific. priv.*

78) So urtheilen CUJACIUS Lib. XX. Obs. 1. ZASIUS ad L. 32. D. de LL. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 17. *(Commentat. academicar. Halae editar.* Vol. IV. pag. 33.) *von dem* BUSCH de consuetudine §. VII. u. XXXVII. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 58. S. 59. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XI. not. a. Danz im angef. Handbuch 1. B. §. 56. S. 197. u. a.

wohnheiten sind überhaupt nicht alle von einerley Art. Die eine Gewohnheit erfordert weniger, die andere mehrere Handlungen. Manche Handlungen sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie nur selten vorkommen können. Solche Handlungen erregen ihrer Neuheit wegen Aufmerksamkeit, und wenige derselben können daher oft eben dieselbe Wirkung haben, welche in andern Fällen nur aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen entstehen kann[79].

II) Müssen die Handlungen der Unterthanen gleichförmig, das heißt, alle nach einerley Regel unternommen worden seyn. Aus ungleichen Handlungen kann keine Gewohnheit erwachsen. Denn aus solchen läßt sich keine gewisse und beständige Regel herleiten. Man setze also, der Richter eines Orts habe in einem Falle, da ein Delinquent selbst nichts im Vermögen gehabt, die peinlichen Kosten von den Unterthanen beytreiben lassen; sie hätten solche auch das erste und zweytemal getragen, das drittemahl aber ganz verweigert; das viertemahl nur das Henkergeld beygebracht, so kann derselbe, wenn er in einem fünften Falle die Inquisitionskosten abermahl verlangt, die Gerichtsunterthanen aber dieselben verweigern, sich auf keine Gewohnheit berufen. Denn dazu wird erfordert, daß in der ganzen Reihe von Handlungen, wodurch eine Gewohnheit begründet werden soll, auch nicht eine einzige vorkomme, welche den übrigen entgegen ist[80]. Dieses ist es, wenn die Rechtslehrer sagen, die actus

79) Man sehe noch Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. (Leipzig 1795. 8.) 8. Betracht. und GUILLEAUME cit. Diss. Cap. IV. §. 16. nr. I.

80) *L. 34. D. de Reg. iur.*

actus consuetudinis introductivi müssen *uniformes* et *continui* seyn. Hieraus erhellet zugleich, daß eine Gewohnheit, die noch in ihrer Entstehung ist, durch eine einzige conträre Handlung gleichsam in ihrer Geburt erstickt werden kann[81]).

III) Dürfen die Handlungen nicht der gesunden Vernunft, noch dem gemeinen Wohl zuwider, sondern sie müssen so beschaffen seyn, daß die Regel, nach welcher sie unternommen worden sind, auch als ein ausdrückliches Gesetz hätte promulgiret werden können[82]). Ist dieses nicht, so ist die Gewohnheit unvernünftig. Eine solche aber kann nie eine gesetzliche Kraft erlangen, weil sich hier keine Einwilligung des Gesetzgebers annehmen läßt[83]). So z. B. kann keine Gewohnheit Verbrechen zu erlaubten Handlungen machen, wenn sie auch noch so lange ungestraft geblieben wären[84]). Denn auch hundert Jahr Unrecht ist keine Stunde Recht[85]). Solche unvernünftige Gewohnheiten verwerfen

81) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* decisiones Vol. IV. Obs. 65. CRAMER Observat. iuris univ. T. III. Obs. 847. §. 13. et 14.

82) S. NETTELBLADT System. element. iurisprud. positivae Germ. commun. §. 169. und MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 32.

83) *Nov.* IUSTINIANI *CXXXIV. cap.* 1. wo es nach der Hombergischen Version heißt: *Neque consuetudines nominent, aut quaerant, quas forte aliqui antecessorum ad lucrum suum iniuste excogitarunt. Quae enim male excogitata sunt, ea* NEC LONGA CONSUETUDINE *confirmari volumus.* Hierher gehört auch *L.* 2. *C. quae sit longa consuet.* u. *Can.* 4. *Dist. XI.*

84) PUFENDORF Tom. I. Obs. 189. pag. 483.

85) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 1. Abth. Nr. VIII.

werfen die Gesetze ausdrücklich, und der 218te Artikel der P. Gerichtsordnung Carls V. enthält ein ganzes Register von denselben. Man trift aber ausser diesen noch hier und da dergleichen alte unvernünftige Gewohnheiten, besonders unter den Handwerkern, Bauern, und andern geringern Ständen an, auf welche der Richter bey seinen Erkenntnissen keine Rücksicht nehmen darf [86]). Auch die canonischen Rechte [87]) eyfern namentlich gegen unvernünftige Gewohnheiten, die besonders dem Wohl der Kirche entgegenstreiten, so nachdrücklich, daß man sich billig wundern muß, wie es dennoch habe Rechtsgelehrten [88]) geben können, die auch unvernünftige Gewohnheiten in Schutz genommen. Doch ihre Gründe sind schon von andern genug geprüfet, und in ihrer Blöse dargestellet worden [89]). Ich bemerke hier nur noch, 1) daß man sich zwar bey Beurtheilung der Vernunftmäßigkeit einer Gewohnheit billig nach dem Geiste der Zeiten, wie auch nach den an jedem Orte herrschenden Meinungen und Sitten richten müsse [90]); man darf aber doch auch nie dabey vergessen, daß offenbare Volksalbernheiten, auch unter dem Schilde des grauen Alterthums,

86) S. WIESAND Opusc. Spec. I. Obs. 1. CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 7.

87) S. *cap.* 1. 3. 4. 5. 7. 9. 10. X. *de consuet.*

88) THOMASIUS in Diss. de iure consuet. et observant. §. 36. und SENCKENBERG in Diss. de iure observantiae ac consuetudinis §. 7.

89) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 5. et 6. pag. 207.

90) Runde in den Grundsätzen des allgem. teutschen Privatrechts §. 58.

thums, das Ansehen einer legalen Gewohnheit unmöglich behaupten können[91]. 2) Wenn gleich unvernünftige Gewohnheiten an sich keine gesetzliche Kraft noch Verbindlichkeit haben, vielmehr jeder Obrigkeit obliegt, für deren Abstellung besorgt zu seyn; so ist ihnen dennoch nicht alle rechtliche Wirkung abzusprechen, indem sie z. B. auf die Strafbarkeit einer Handlung wichtigen Einfluß haben können[92].

IV) Die Handlungen müssen ferner in der Meinung moralischer Nothwendigkeit (ex opinione obligationis) unternommen worden seyn[93]; das heißt,

91) Danz in dem angef. Handbuche 1. Band. §. 58. nr. VII. S. 212.

92) CRELL Diss. de orig. et virt. iuris non scripti. Obs. III. pag. 14. — TEMPERATUR *poena facti illiciti, quod quis non dolo, sed imitatione aliorum, et* CONSUETUDINE *adductus, admisisse videtur. Imo vero aliquando qui* CONSUETUDINE PECCANDI *a pluribus* RECEPTA, *malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia peccasse videatur*, SEVERIUS PUNITUR; *ut reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam generaliter*, POENA ARBITRARIA *tunc demum, propter* CONSUETUDINIS EXCUSATIONEM, *mitigatur, si appareat, non tam* DOLO, *quam* IGNORANTIA *peccatum esse.* Hiermit stimmen auch die Gesetze überein. *L.* 16. *§.* 10. *D. de poenis. L.* 1. *D. de abigeis. Nov.* 154. Man sehe PÜTTMANN de delictis, quae consuetudine excusantur; in selectis ex iure vario capitibus. *Lips.* 1790. Cap. 2. und Kleinschrods Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 175. und 2. Th. §. 20.

93) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 8. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 65. n. IV. pag. 96. NETTELBLADT System. element. iurispr. posit. Ger-

heißt, es müssen diejenigen, durch deren gleichförmige Handlungsart eine rechtliche Gewohnheit bewirkt werden soll, darum so, wie bisher geschehen, gehandelt haben, weil sie sich verbunden hielten, ihren Handlungen gerade diese und keine andere Richtung zu geben. Denn hier ist von Einführung einer solchen Gewohnheit die Rede, durch welche eine verbindliche Richtschnur für die Unterthanen aufgestellet wird. Da nun diese Regel aus den Handlungen derselben gefolgert werden muß, so müssen nothwendig auch diese an sich verbindlich seyn [94]). Hieraus folgt, daß Handlungen, die das Gepräge der blosen Willkührlichkeit an sich tragen, oder nur aus Freundschaft, oder Mitleid und Menschengefühl, wenn gleich von mehrern, und zu wiederholtenmahlen geschehen, keine verbindliche Gewohnheit begründen können. Man setze also, es sey an einem Orte einigemahl geschehen, daß der Gutsbesitzer das in seinem Eigenthum gefundene und von den Eltern ausgesetzte Kind aus Mitleid aufgenommen, solches ernährt und erzogen hätte, so läßt sich hieraus eben so wenig eine verbindliche Regel, daß jeder Eigenthümer die auf seinen Grundstücken ausgesetzte Findelkinder zu verpflegen schuldig sey, herleiten, als in einem andern Falle, wenn nämlich an einem Orte, wo das Nachbarrecht gesetzlich eingeführt ist, zuweilen der Käufer das erkaufte Grundstück dem Nachbar des Verkäufers aus Freundschaft für dasselbe Geld, was es ihm gekostet, wieder

Germanor. §. 169. Beyspiele hiervon haben BOEHMER Consultat. et Decis. T. I. Part. II. Resp. 45. n. 417. seqq. und T. II. Resp. 869. n. 12. seqq. auch *de* LUDOLF Observat. forens. P. II. Obs. 169. pag. 382.

94) Eben dieß wird auch sowohl in der *L.* 34. *D. h. t.* als der *L.* 3. *C. de aedif. privat.* nicht undeutlich zu erkennen gegeben.

wieder überlassen hätte, behauptet werden könnte, daß dem Nachbar der Retract vermöge eines Gewohnheitsrechts an diesem Orte zustehe. Ob jedoch Handlungen blos aus gutem Willen, oder in der Meinung einer Verbindlichkeit geschehen, ist theils aus der Beschaffenheit der Handlungen selbst, theils aus dem Grunde, warum eine Gewohnheit eingeführt worden [95]), theils aus der Länge der Zeit, theils aus dem nie erfolgten, oder nie geachteten Widerspruche, theils aus den darauf gegründeten rechtskräftigen Erkenntnissen zu beurtheilen, auf welches leztere uns Ulpian oben angeführtermassen ganz vorzüglich verweiset. Noch eins muß ich hierbey anmerken. Wenn ich moralisch nothwendige Handlungen zur Einführung einer verbindlichen Gewohnheit erfordere, so folgt, daß alle unfreywillige, durch unerlaubten Zwang veranlaßte, oder auf offenbaren Irrthum sich gründende Handlungen hier auszuschliessen sind [96]).

V) Zur Bestättigung eines Gewohnheitsrechts muß nun ferner noch die Länge der Zeit (diuturnitas temporis) hinzukommen. Die Ausdrücke *consuetudo inveterata* [97]), *diuturna* [98]), *per annos plurimos observata* [99]), *longaevus usus* [100]), *consuetudo antiquitus probata* et

95) *L.* 1. *Cod. quae sit longa consuetudo* schärft daher dem Richter ein, auf rationem, quae consuetudinem suasit, zu sehen.

96) *Actus per vim metumque gesti nihil operantur*, sagt *I. H.* BOEHMER in Introd. in ius Digestor. h. t. §. 20. nr. 4. Von einer erronea consuetudine aber handelt *L.* 39. *D. h. t.*

97) *L.* 32. *§.* 1. *D. h. t.*

98) *L.* 33. *D. eodem.*

99) *L.* 35. *D. eodem.*

100) *L.* 2. *C. quae sit longa consuetudo.*

et tenaciter servata [1]), welche wir in den römischen Gesetzen antreffen, geben solches deutlich zu erkennen. Die Zeit selbst aber, wie lange die Regel müsse beobachtet worden seyn, die zum lex non scripta werden soll, haben uns die römischen Gesetze nirgends genau bestimmt. Man pflegt daher gemeiniglich zum canonischen Rechte seine Zuflucht zu nehmen, in der Meinung, daselbst deutlichere Bestimmungen anzutreffen. Die Päbste reden nämlich in einigen Stellen ihres Gesetzbuchs von einer *consuetudine legitime praescripta* [2]). Hieraus zieht man die Folge, daß nach canonischen Rechten eben so viel Zeit zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erfordert werde, als zur Verjährung nöthig ist. Dies ist auch die Meinung unsers Herrn Autors. Allein denkt man der Sache etwas genauer nach, so wird man bald einsehen, daß die Analogie von der Verjährungszeit hier ganz unanwendbar sey. Was hat doch die Verjährung, die eines Theils als Strafe der Nachlässigkeit eingeführt worden, und andern Theils nur auf Sachen und Rechte einzelner Privatpersonen sich beziehet, mit einer gesetzlichen Gewohnheit gemein, die als eine verbindliche Regel für viele aufgestellet wird? Doch vielleicht wird man sagen, es komme hier nicht auf den Begriff, sondern nur auf die Zeit der Verjährung an. Gut; ist denn aber damit der Schwierigkeit abgeholfen? Wer weiß nicht, wie sehr verschieden die gesetzlich bestimmte Zeit der Präscri-

1) *L. 3. C. eodem.*

2) Man beruft sich zwar vorzüglich auf *cap. 11. X. de consuetudine;* allein es giebt mehrere Texte des canonischen Rechts, in welchen einer *consuetudinis praescriptae* Meldung geschiehet, als *cap. 50. X. de elect. c. 9. de offic. ordinar. in 6to. c. 3. de consuet. in 6.*

scription sey? Gesetzt nun also, die Päbste hätten in den deshalb angeführten Stellen zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit den Ablauf einer gesetzlichen Verjährungsfrist im Ernst gemeint, soll dieses von einer zehen- oder zwanzig- oder dreyßig- oder vierzigjährigen oder einer noch längern Zeit zu verstehen seyn? Kein Wunder, wenn wir daher auch hierin eine so grosse Verschiedenheit der Meinungen gewahr werden [3])? Ich meines Theils bin vollkommen überzeugt, daß im canonischen Rechte so wenig als im römischen eine gewisse Zeit zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit bestimmt sey, und die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte ist schon von andern [4]) aus so bündigen Gründen verworfen worden, daß sie unter den neuern

3) Einige erfordern zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil diese den Raum einer langen Zeit beschränken; dies behaupten DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. c. 10. BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19. n. 3. SCHILTER Ex. 2. §. 19. *von dem* BUSCH in der oben angef. Diss. cap. III. §. 38. Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren, wie GIBERT Corp. iur. canon. pag. 87. u. Hr. geh. Justizrath BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 5. §. 232. Noch andere, und zwar ältere Rechtsgelehrte, erfordern eine Zeit von 100 Jahren; diesen Zeitraum sollen die Ausdrücke *longaevus usus*, *inveterata consuetudo* in sich fassen. Alle diese Meinungen findet man jedoch in der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Meditat. 181. S. 309. u. folgg. hinlänglich widerlegt.

4) S. *Io. Henr.* HOCHSTETTER Diss. de praescriptione consuetudinis ad cap. ult. X. de consuetud. Stuttgard. 1776. und Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. 1. Samml. Leipzig 1780. S. 157.

neuern Rechtsgelehrten wohl nicht leicht noch einen Vertheidiger finden möchte. Es ist ganz unläugbar, daß man jene Stellen des canonischen Rechts falsch verstanden habe, in denen von einer consuetudine praescripta die Rede ist. Man darf in der That nur mit einiger Aufmerksamkeit diese Stellen durchlesen, und sie mit einander vergleichen, so wird man deutlich sehen, daß daselbst gar nicht von einer solchen Gewohnheit, die durch den Willen des Landesherrn zu einem Gesetz wird, sondern von der Ausübung und dem Gebrauch eines Rechts oder einer Befugniß, die durch gesetzmäßige Verjährung erworben werden kann, gehandelt werde, und eine verjährte Gewohnheit daher in dieser Rücksicht nichts anders als das seit langer Zeit ausgeübte und durch die Gewohnheit befestigte Recht selbst sey [5]. Aus diesem Gesichtspunct wird sich nun insonderheit auch das *Cap. ult. X. de consuet.* am leichtesten erklären lassen. Wir wollen die Worte desselben selbst hersetzen. Cum tanto graviora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis (non) intelligit, naturali iuri, cuius trangressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Gregor IX. redet in diesen Eingangsworten davon, daß auch eine lange Gewohnheit uns zu Handlungen nicht berechtige, die nach natürlichen

5) So verstehen diese Stellen auch die neuern katholischen Canonisten. S. SCHRODT Institut. iur. canon. §. 238. EYBEL in Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 270. nr. 1. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 106. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 21. not. d. u. a. m.

türlichen und göttlichen Gesetzen verboten sind, weil man bey deren Uebertretung Seel und Seligkeit verlieren könne. Die öftere Wiederhohlung solcher Missethaten mache uns nur desto straffälliger, je grössere Neigung zu sündigen, und je grössere Bosheit des Gemüths hierdurch an den Tag gelegt werde. Daß der Pabst hauptsächlich gegen diejenigen eifere, welche unter dem Vorwande einer Gewohnheit, d. i. eines durch Gewohnheit erworbenen Rechts ihre unerlaubte Handlungen rechtfertigen wollen, ergiebt sich aus andern Stellen noch deutlicher. So z. B. werden in dem Concilio Turonensi verschiedene Arten der Simonie verboten, mit dem Beysatz: *nec sub obtentu cuiusquam consuetudinis reatum suum quis tueatur, quia diuturnitas temporis non diminuit peccata, sed auget* [6]). Eben so heißt es in einem andern Concilio Lateranensi: *horribile nimis est, quod in quibusdam ecclesiis locum venalitas perhibetur habere — — putant autem plerique, ex hoc sibi licere, quia legem mortis de longa consuetudine invaluisse arbitrantur, non attendentes, quod tanto graviora sunt crimina, quanto diutius infelicem animam tenuerunt alligatam* [7]). Die Kirchen, von denen hier die Rede ist, suchten die Schändlichkeit ihrer Handlung mit einer langen Gewohnheit zu beschönigen, wodurch sie ein Recht erlangt zu haben vermeinten. Es ist sehr wahrscheinlich, daß Pabst Gregor IX. solche und andere ähnliche Fälle im Sinne gehabt habe. Er fährt nun folgendermassen fort: Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas; non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri debeat prae-

 iudi-

6) *Cap.* 8. *X. de Simonia.*

7) *Cap.* 9. *X. eodem.*

iudicium generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit praescripta. Von was für einer Gewohnheit kann hier wohl die Frage seyn? Offenbar von einer solchen, die verjährt werden kann, und durch welche die positiven Gesetze eine Einschränkung auf irgend eine Art leiden. Diese ist aber keine Regel, die die Vorschrift der positiven Gesetze aufhebt, sondern sie besteht in einem Recht, welches einem Dritten nach einer gesetzlichen Anordnung zustehet, aber vermittelst der Verjährung auf uns übergehen kann. Von einer solchen Gewohnheit redet Innocenz III. in dem oben angeführten *cap.* 8. *X. de Consuet.* und auch Gregors Entscheidung in unsern *cap. ult.* bezieht sich auf eine solche Gewohnheit, wodurch das Recht eines Andern, welches ihm nach dem gemeinen Recht zustehet, aufgehoben, oder eingeschränkt, oder überhaupt nur näher bestimmt wird. Durch eine solche Gewohnheit werden also die positiven Gesetze nicht aufgehoben, sondern ihre Wirksamkeit wird dadurch nur in einem individuellen Falle gehemmt. Hr. Prof. Hochstetter, den ich hier vorzüglich gefolgt bin, zeigt uns jedoch noch einen andern Weg zur Erklärung dieses Capitels [8]). Nämlich da Gregor in dem ersten Theile desselben von dem gebietenden und verbietenden natürlichen Rechte (iure naturali praeceptivo ac prohibitivo) redet, so läßt sich mit guten Grunde vermuthen, daß er in dem zweyten Theile das gebietende und verbietende positive Recht zum Gegenstand genommen habe. Nach diesem Gesichtspunct liesse sich also von dem Text folgende Erklärung machen: Wenn gleich in den meisten Fällen eine Gewohnheit jemandem ein Recht beylegt, womit

8) Man sehe die angeführte Diss. §. XXIV.

mit er sich aus dem Grunde, daß er solches schon seit langer Zeit ausgeübt habe, gegen die Angriffe anderer schützen kann; so kann man doch einer Gewohnheit keine solche Kraft zuschreiben, daß sich ein Unterthan mittelst derselben allein von der allgemeinen Verbindlichkeit der positiven Gesetze loßmachen, oder sich ein Recht anmassen dürfte, welches ihm die positiven Gesetze absprechen, ausser wenn dieses Recht ihm aus einer besondern Ursach, der gesetzlichen Sanction ohngeachtet, in dem Falle zugestanden wird, da es auf eine rechtmäßige Verjährung gebaut ist. Diese Gewohnheit hebt aber das positive Gesetz nicht auf, sondern wirkt nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bey gewissen Personen [9]).

Da also, wie hieraus erhellet, die Länge der Zeit, welche zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist, weder durch die römischen noch canonischen Rechte bestimmt worden ist, so verdient wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten den meisten Beyfall, welche diese Bestimmung lediglich dem Gutbefinden des Richters überlassen [10]), der alsdann, so oft darüber ein Streit entsteht, ob

9) *Cap.* 13. *X. de offic. iud. ord. C.* 26. *X. de V. S. cap.* 13. *de Elect. in 6to.* und *C.* I. *de offic. ord. in 6to.*

10) Siehe *G.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 15. *Ant.* SCHULTING Enarrat. Part. I. Digestor. h. t. §. 17. LAUTERBACH Coll. Theor. Pr. Pandectar. h. t. §. 35. STRYCK Us. Mod. Pand. h. t. §. 12. COCCEII Iur. Civ. Controv. h. t. *Quaest.* *XI.* GUNDLING in Gundlingian. P. VII. N. 3. §. 23. MÜLLER ad

ob eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden könne? theils aus der Vernunft und dem Sprachgebrauch beurtheilen muß, ob nämlich der Zeitraum, binnen welchen die Handlungen vorgefallen sind, eine lange Zeit, (tempus diuturnum) genennt werden könne; theils auch darauf zu sehen hat, ob überhaupt schon eine solche Zeit verflossen ist, daß daraus mit Gewißheit auf die Einwilligung des Gesetzgebers geschlossen werden kann; wofern nicht etwa durch besondere Landesgesetze oder den Landesgebrauch, wie z. B. in Sachsen [11]), eine gewissere Norm hierin festgesetzt worden seyn sollte. Daß jedoch eine Zeit von undenklichen Jahren her zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erfordert werde, wie einige Rechtsgelehrten [12]) behaupten wollen, ist unerweißlich [13]). Endlich

VI) müs-

ad Struvium Ex. 2. th. 20. lit. ξ. CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 16. REINHARTH ad Christinaeum Vol. IV. Obs. 65. pag. 96. Eisenhart Erzählung besond. Rechtshändel 2. Th. N. 7. S. 193. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 3. Band S. 311. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. c. l. not. d. Danz Handbuch I. B. §. 56. S. 198. u. a. m.

11) In Sachsen erfordert der Gerichtsbrauch eine Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen. S. Eichmanns Erklärung des bürgerl. Rechts I. Th. S. 390.

12) Unter den neuern hat dieses vorzüglich zu behaupten gesucht Meurer in den juristischen Abhandlungen und Beobachtungen. I. Samml. S. 113.

13) S. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 10. Hr. geh. JustizR. Walch hat sich zwar auf keine Prüfung der gegenseitigen Argumente eingelassen, sondern sein Hauptargument bloß darin gesetzt, daß die Civilgesetze zur Bestäti-

VI) müssen die Handlungen, aus welchen eine legale Gewohnheit entstehen soll, öffentlich, das heißt, auf eine solche Art geschehen seyn, daß sowohl die Unterthanen selbst, unter denen eine verbindliche Norm entstehen soll, als auch der Gesetzgeber dieselben haben wissen können. Ob nun aber noch überdem erfordert werde, daß die Gewohn-

stätigung eines Gewohnheitsrechts nirgends eine undenkliche Zeit erfordert hätten. Es sind aber auch in der That die Gründe des angeführten Meurers von keinem sonderlichen Gewicht. Die in den Gesetzen dieses Titels der Pandecten gebrauchte Ausdrücke *consuetudo inveterata*, *diuturna*, *antiquitus probata*, beweisen seine Meinung noch nicht. Es können Gewohnheiten allerdings von der Art seyn, daß sich ihr Ursprung im hohen Alterthum verliehrt, daraus folgt aber nicht, daß überall eine Beobachtung von undenklicher Zeit her erfordert werde, wenn eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden soll. Der Ausdruck *vetustas* bedeutet freylich unterweilen in unsern Gesetzen eine undenkliche Zeit *L.* 2. *D. de aqua et aquae pluv.* aber auch oft nur eine Zeit von mehreren Jahren *L.* 10. *D. si serv. vindic.* wie schon BRISSONIUS *de V. S.* voc. vetustas und WESTPHAL de libertate et servitut. praediorum §. 820. pag. 560. angemerkt haben; und daß letztere Bedeutung in der Lehre vom Gewohnheitsrecht anzuwenden, erhellet aus *L.* 35. *D. de LL.* nur gar zu deutlich, wo LONGA CONSUETUDO eine solche genennt wird, *quae per annos plurimos observata est.* Ueberhaupt finden hier die von Meurer aus dem *Tit. de aqua et aquae pluv. arc.* angeführten Stellen gar keine Anwendung. Es ist auch ungegründet, daß nur durch das Alterthum allein die zur Begründung eines Gewohnheitsrechts erforderliche *opinio necessitatis* erzeugt werde, denn daß diese auch noch mehrere andere Entstehungsgründe haben könne, ist schon oben bemerkt worden.

heit in den Gerichten bestättiget, und nach derselben rechtskräftig gesprochen worden sey, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Diejenigen, welche solches behaupten [14], gründen sich zwar auf den bekannten Ausspruch **Ulpians** [15], dessen Worte also lauten: Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando iudicio* [16]) consuetudo firmata sit. Allein einmal

14) D. Meurer a. a. O. S. 125. u. 140. Eben dieser Meinung war auch sonst Hr. Hofr. HOFACKER in der oben angef. Diss. de iure consuetudinis Cap. III. §. 39 — 41. allein er hat seine Meinung geändert in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 124. Andere erfordern jedoch nur in dem Fall gerichtliche Handlungen, wenn die Gewohnheit einem geschriebenen Gesetz gerade zuwider ist. SCHILTER Ex. ad Pand. 2. th. 21. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. n. 19. u. *L. B. a* WERNHER sel. Observat. for. T. II. P. IX. obs. 193. pag. 564.

15) *L.* 34. *D. de LL.*

16) Verschiedene Ausleger des römischen Rechts wollen diese gemeine Leseart für unrichtig halten, ohngeachtet sie die Auctorität der Florentinischen Pandecten für sich hat, weil ihrer Meinung nach die Worte *contradicto iudicio* keinen rechten Verstand hätten. Sie wollen daher statt *contradicto* lieber *contradicta* lesen, und glauben ihre Emendation durch die Auctorität der Griechen beym LEUNCLAVIUS Lib. II. Notatorum c. 3. unterstützen zu können. Man sehe *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 15. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Dig. h. t. §. 19. GUNDLING in Gundlingian. VII. St. N. 3. §. 19. und ECKHARDT in Hermenevt. iur. Lib. I. c. VII. §. 303. pag. 547. Allein daß diese Aenderung ganz unnöthig, ja höchst unschicklich sey, haben *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Dissert. 2. §. 3. und besonders Hr. Prof. PÜTTMANN in

mal enthalten. diese Worte offenbar keine gesetzliche Disposition, sondern einen bloßen Rath, wie ich schon an einem

in Interpretat. et Observat. iuris Cap. 19. hinlänglich gezeigt. Die Erklärung aber, die man von diesen Worten macht, ist wieder sehr verschieden. *Casp. Conr.* STAUDINGER in Diss. de consuetudine contradicto iudicio firmata ad L. 34. D. de LL. *Goettingae* 1753. §. V. erklärt die Stelle folgendergestalt: *Contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata, denotat consuetudinem, quae firmata est per contradictionem, a Praetore factam ei, qui contra istam consuetudinem actionem in iudicium deducere intendebat.* Das contradictum zieht er also auf den Prätor, von welchem gesagt werde: *contradicit iudicium*, si actionem, ab actore in iure propositam, non admittit. *Iudicium* sey also so viel als actio, und *contradicto iudicio* heiße nichts anders, als si actio statim in limine, qua actio consuetudini adversa, a Praetore contradicta esset. Allein ich muß gestehen, daß ich den Ausdruck *contradicere iudicium* vom Prätor nirgends in unsern Gesetzen gelesen habe, die Redensart *denegare actionem*, wenn der Prätor eine Klage nicht gestattet, sie für unzuläßig erklärt, ist bekannt genug L. 30. D. de solut. L. 26. §. 4. D. ex quib. c. maj. L. 4. §. 1. de re iud. L. 3. pr. si mensor. L. 14. pr. D. de noxal. act. u. a. m. Solchemnach möchte also das *contradictum* wohl mehr auf den Gegner sich beziehen, der der Gewohnheit widerspricht, worauf der Kläger seine Klage gegründet hatte. Dies beweisen auch die Anfangsworte *cum de consuetudine — confidere quis videtur.* Denn *confidere* ist soviel als niti aliqua re contra obnitentem. S. BRISSON *de V. S.* v. confidere. Besser erklärt Hr. Prof. Püttmann a. a. O. S. 87. die Worte *an etiam contradicto aliquando iudicio* u. s. w. per hypallagen, nämlich so: an etiam in iudicio aliquando contradicta, et firmata sit consuetudo; von welcher Figur *Iod. Ioh.* STRUCHTMEYER Animadv. Crit. Lib. II. c. 1. mehrere Beyspiele gesammlet hat. Der wahre Sinn der Worte ist also dieser: *explorandum est,*

andern Orte (S. 47.) bemerkt habe. Das Wort *arbitror* zeigt dieses unläugbar an. Sodann aber ist auch hier gar nicht von der Einführung eines Gewohnheitsrechts, sondern von dem Beweise einer streitigen Gewohnheit die Rede. In einem solchen Falle ist freylich der Rath des römischen Juristen vortreflich, daß man vor allen Dingen nachforsche, ob nicht schon in vorgekommenen streitigen Fällen nach dieser Gewohnheit, von welcher die Frage ist, gegentheiligen Widerspruchs ohngeachtet, rechtskräftig sey gesprochen worden; weil dadurch der sonst schwere Beweis ungemein erleichtert wird, wenn man sich auf solche gerichtliche Präjudicien berufen kann. Ferner, wenn zur Einführung eines Gewohnheitsrecht nur gerichtliche Handlungen erfordert würden, wie könnte **Callistratus**[17]) zwischen *consuetudo*, und

an etiam consuetudo, ab adversa parte licet contradicta, a Praetore tamen aliquando iudicio firmata sit, i. e. *an Praetor pro ea aliquando pronunciaverit.* STAUDINGER a. a. O. §. VI. und HOFFMANN a. a. O. wollen überdies die L. 34. nicht allgemein, wenn überhaupt vom Beweis einer Gewohnheit die Rede ist, sondern nur von solchen Gewohnheiten erklären, *quae circa praerogativas bonorum, et vacationes a muneribus in unaquaque provincia vel civitate obtinebant;* weil Ulpian im *Libro IV. de officio Proconsulis* von den bürgerlichen Pflicht- und Ehrenämtern gehandelt habe, wie aus der Vergleichung der aus dem gedachten *Lib. IV.* genommenen Fragmente L. 6. de legat. L. 6. de muner. et honor. L. 4. de Veteran. und L. 2. de iure immunit. zu ersehen sey. Nur auf die hierauf sich beziehende Gewohnheiten sey also die L. 34. einzuschränken, weil diese Stelle auch aus eben dem *L. IV. de officio Procons.* entlehnet sey. Allein diesen Mißbrauch der Critik hat schon Püttmann a. a. O. S. 88. nach Würden gerügt.

17) *L. 38. D. de LL.*

und *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas* unterscheiden? Es muß sich also, deucht mir, doch wohl auch eine Gewohnheit ohne gleichförmige rechtskräftige Urtheilssprüche gedenken lassen. Und hiervon wird man sich noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, daß der Grund, auf welchem die Gültigkeit einer Gewohnheit beruhet, nicht der Ausspruch des Richters, sondern der Wille des Gesetzgebers sey, welcher aussergerichtliche Handlungen so gut, als gerichtliche genehmigen kann. Aus diesen Gründen trete ich also der Meinung unsers Autors ohne weiteres Bedenken bey, wenn er diesen Paragraph mit den Worten schließt: ut vero actus in contradicto iudicio sint obtenti, non necessario requiritur. Eben dies ist auch die Meinung der meisten Rechtsgelehrten [18]).

§. 87.

18) S. VOET in Comment. ad Dig. h. t. §. 30. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XI. in fin. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. c. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. obs. 847. §. 10. HARTLEBEN Spec. XI. meditat. 9. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 379 und folgg. Gebrüder Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. III. Band 183ste Meditat. MÜLLER in Obs. pract. ad *Leyserum* T. I. Obs. 39. GUILLEAUME cit. Diss. §. 16. nr. V. et VI. Danz Handbuch 1. B. S. 199. u. a. m. Vorzüglich aber verdient hier KEMMERICH in Diss. de probatione consuetudine et observantiae *Sect. II. §. XII. Not. e.* pag. 75. nachgesehen zu werden, wo er die Meinung derjenigen gründlich widerlegt hat, welche wenigstens zur Begründung einer consuetudinis correctivae, actus in contradictorio iudicio obtentos für nöthig halten wollen.

§. 87.

Von dem rechtlichen Beweis eines in Zweifel gezogenen Gewohnheitsrechts.

Wer nun eine Gewohnheit für sich anführt, kann sich, wenn solche von dem Gegentheil geläugnet worden, der ihm deshalb auferlegten rechtlichen Begründung derselben um so weniger entziehen, je gewisser es ist, daß Gewohnheitsrechte auf Thatsachen beruhen, die rechtlich nicht vermuthet werden[19]). Ein anderes wäre freylich, wenn die angeführte Gewohnheit ganz notorisch, das ist, an dem Orte, wo davon die Frage ist, allgemein bekannt, oder wenigstens vom Gegentheil selbst eingestanden seyn sollte[20]), in welchen Fällen Gewohnheiten keines weitern Beweißes bedürfen[21]), wenn auch gleich in dem erstern Falle der Gegner vorgeschützet hätte, daß ihm solche unbekannt sey[22]). Soviel nun den Beweiß eines streitigen Ge-

19) *Cap.* 1. *de constitut. in 6to.*

20) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. T. I. L. I. Tit. IV. §. 45. pag. 242. — Daß auch ein aussergerichtliches, aber wiederholtes, Geständniß einer rechtlichen Gewohnheit die Kraft eines völligen Beweises habe, behaupten *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decision. P. I. Decis. XI. n. 8. pag. 202 seq.

21) *cap.* 3. *X. de testib. cog.* MYNSINGER lib. V. Obs. 96. n. 6. REINHARTH ad Christinaeum. Vol. IV. Obs. 66. p. 97. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 26.

22) Denn historische Unwissenheit desjenigen, was in einem Orte alle wissen, wird in der *L.* 9. §. 2. *D. de iur. et facti ignor* für unverzeihliche Sorglosigkeit gehalten, und findet kein rechtliches Gehör. Das Bestreiten solcher ganz notorischer Gewohn-

Gewohnheitsrechts selbst anbetrift, so ist zwar nicht zu läugnen, daß derselbe insgemein mit vielen Schwierigkeiten verknüpft zu seyn pflegt, so daß schon Leyser [23]) sagte, er wisse sich wenig Fälle zu erinnern, daß derjenige, der einen solchen Beweiß übernommen, denselben vollführet hätte; man darf ihn aber doch deshalb mit Caspar Klock [24]) nicht für unmöglich halten, weil es uns an Beyspielen eines solchen nach aller Strenge geführten Beweißes wirklich nicht mangelt [25]). Bey dem Beweiße einer bestrittenen rechtlichen Gewohnheit kommt es nun auf zweyerley an; I) auf das, was eigentlich erwiesen werden muß. II) auf die Beweißgründe [26]). Das erstere, oder das Beweißthema, muß aus der Natur einer rechtlichen Gewohnheit, und deren Erfordernissen bestimmt werden. Da nun die Natur einer jeden Gewohnheit in einer Gleichförmigkeit der Handlungen bestehet, so ist zum Beweiße nicht genug, wenn derselbe nur überhaupt darauf gerichtet wird, daß dergleichen

wohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wissen können und müssen, zieht daher auch billig die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich. S. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 7. am Ende.

23) Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. IX. m. 1. p. 87.

24) Consil. Tom. I. Cons. 28. n. 223.

25) Ein lehrreiches Beyspiel findet man in Pütters Beyträgen zum T. Staats- und Fürstenrecht. Th. II. Nr. XXXIX. S. 228. u. folgg.

26) Von dem Beweise einer gültigen Gewohnheit handeln vorzüglich *Diet. Herm.* KEMMERICH in Diss. de probatione consuetudinis et observantiae. Ienae 1732. Sect. II. und *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. practicar. ad Pandect. Spec. I. med. XIII.

gleichen Gewohnheit, wovon die Frage ist, wirklich an einem Orte eingeführt sey [27]), sondern es wird hierzu vornehmlich erfordert, daß diejenigen Handlungen und Fälle selbst umständlich angegeben werden, wodurch die streitige Gewohnheit soll eingeführt worden seyn [28]). Es muß also bewiesen werden, daß man schon vorhin beständig und unabgeändert in solchen Fällen eben so zu Werke gegangen sey, als in dem jetzigen streitigen Falle nach der behaupteten Gewohnheit wieder geschehen soll. Wie viele Fälle nun zum vollständigen Beweise der streitigen Gewohnheit anzuführen sind, und ob schon zwey derselben für hinlänglich zu achten, muß billig dem Ermessen des Richters überlassen werden [29]). Rathsam aber ist es immer, wenn der

27) Zwar sind solche generelle Beweisartikel, die auf das Daseyn einer behaupteten Gewohnheit überhaupt gestellet sind, für unzuläßig nicht zu achten, sie müssen nur durch nachstehende speciellere, in welchen einzelne gleichartige Fälle angeführt worden sind, unterstützt werden. Es verdient hierbey besonders *Matth.* COLERUS de processibus executivis P. I. Cap. III. n. 34. u. folgg. nachgesehen zu werden. Man vergleiche auch hierbey das Beyspiel eines solchen articulirten Beweises beym Pütter a. a. O.

28) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 123. Man sehe auch das Präjudiz beym WERNHER sel. Obs. forens. P. IV. Obs. CX. u. 4. u. folgg. S. 240.

29) S. Kemmerich a. a. O. §. IV. am Ende, auch Struben in rechtlichen Bedenken. 1. Th. Bed. 130. S. 309. Die meisten Rechtsgelehrten glauben indeß, daß zwey vorgefallene actus zum Beweise einer Gewohnheit zureichten. GAIL. Lib. II. Obs. 31. MYNSINGER Centur. VI. Obs. 41. n. 7. CARPZOV P. II. Const. 3. def. 22. n. 7. PEREZ Commentat. in Codic. tit. quae sit longa consuet. n. 5. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19.

der Beweißführer so viele Fälle beybringt, als es ihm nur immer möglich gewesen, ausfindig zu machen. Unstreitig werden auch zum Beweiß einer solchen Gewohnheit, die den geschriebenen Gesetzen entgegen ist, mehrere einzelne Handlungen erforderlich seyn, als wenn die Gewohnheit von der Art nicht ist, weil sich aus einer oder der andern Handlung, die der Landesherr gegen das Gesetz zugelassen, die Absicht desselben, daß das Gesetz in Zukunft nicht mehr gelten solle, noch nicht immer mit Gewißheit folgern lässet [30]). Es müssen nun auch ferner die Handlungen, aus denen die streitige Gewohnheit dargethan werden soll, mit allen dabey vorgefallenen Umständen angeführet werden, damit der Richter beurtheilen könne, ob dieselben sowohl unter sich conform sind, als auch ob insonderheit die gegenwärtige streitige Handlung von gleicher Art, oder doch unter jenen Handlungen als Species begriffen sey. Daß die angezogene Handlungen der Gewohnheit durch entgegengesetzte nicht unterbrochen worden sind, gehört nicht zum Beweißthema; sondern ist die Gleichförmigkeit mehrerer Handlungen erwiesen, so wird so lange vermuthet, daß dieselbe nie unterbrochen worden sey, bis das Gegentheil dargethan wird [31]). Ob aber nicht die streitige Gewohnheit *specifice* und

§. 19. Allein *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 4. §. 42. will dieses nur unter der Einschränkung zulassen: *si actus duo* ILLUSTRES *et* NOTABILES *probati fuerint, ita ut exinde fides iudici fieri possit, tale ius non scriptum extare.*

30) KEMMERICH a. a. O. §. XII. pag. 74.

31) SCHILTER Praxi iur. Rom. Ex. II. §. 21. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 27. und KEMMERICH a. a. O. Sect. II. §. VI. pag. 65.

und *in individuo* erwiesen, das heißt, ob nicht insbesondere dargethan werden müsse, daß eben derselbe Fall, worüber gestritten wird, unter den nämlichen Umständen schon mehrmahlen vorgekommen, und dabey jederzeit die behauptete Gewohnheit zur Regel angenommen worden sey? ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung sind. Die meisten wollen sie bejahen[32]); und diesen stimmt auch unser Autor bey. Andere[33]) hingegen lassen eine Aehnlichkeit der Fälle zu, und diese letzere Meinung halte ich allerdings für gegründeter. Denn erstlich kann man ja bey der Erklärung und Anwendung geschriebener Gesetze a simili schliessen; warum sollte es nun bey ungeschriebenen Gesetzen anders seyn? Will der Gesetzgeber einmal, daß es bey gewissen Fällen hinführo beständig eben so gehalten werden solle, wie es von Alters her bis jetzt üblich gewesen ist; warum sollte es nicht auch seinem Willen gemäß seyn, bey andern ähnlichen Fällen dasselbe Gewohnheitsrecht Statt finden zu lassen? Sodann aber bestärken mich hierin auch selbst die Gesetze[34]). Es muß nur aber freylich

32) COTHMANN II. Resp. 84. n. 52. MEVIUS P. IV. Dec. 3. n. 7. *de* WERNHER sel. Observat. for. P. V. Obs. 135. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44. pag. 235. seqq. KEMMERICH cit. Diss. Sect. II. §. VIII. REINHARTH ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 66. pag. 96. u. m.

33) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. II. pag. 81. VOETIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 36. KÖNIG in Diss. de iure consuetudinario §. 35. LEYSER Spec. IX. med. 8. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 12.

34) *L. 32. pr. D. de LL.* De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, *tunc quod proximum et*

sich eine wahre Aehnlichkeit der Fälle vorhanden seyn. Daß diese bey wirklicher Anwendung oft schwer zu bestimmen sey, gestehe ich gern; aber eben desto nöthiger ist es, ein Principium festzusetzen, woraus die Aehnlichkeit der Fälle zu beurtheilen. Eine solche Aehnlichkeit ist nun alsdann unstreitig vorhanden, wenn der gegenwärtige Fall, ohnerachtet er in specie noch nicht vorgekommen, dennoch nicht nur überhaupt unter ein gewisses genus controversiarum zu zählen ist, von welchem derselbe als eine Species anzusehen, sondern auch insonderheit bey dem jetzigen einzelnen Falle eben der Grund, welcher vom ganzen genere gilt, statt findet[35]. Ist dieses, so ist der gegebene Fall allerdings für gleichartig zu halten, und es ist genug, wenn die Gewohnheit nur von dem genere casuum erwiesen wird, unter welchem der streitige Fall als ein Species begriffen ist. Man setze zum Beyspiel, daß in einem gewissen Orte die Töchter aus der Verlassenschaft ihrer Mütter die Gerade für sich verlangten, und sich in einem Gewohnheitsrechte gründeten. Sie bewiesen

et consequens ei est; d. i. man soll in den Fällen, da keine geschriebene Gesetze vorhanden sind, auf Gewohnheiten Rücksicht nehmen, und wenn es an beyden fehlt, die Analogie von ähnlichen Fällen zur Entscheidungsnorm annehmen. S. *Ant.* FABER in Rational. ad eandem L. Hiermit stimmt auch die *L.* 1. *C. quae sit longa consf.* überein, worin dem Richter zur Pflicht gemacht wird, auf RATIONEM, *quae consuetudinem suasit,* zu sehen, gewiß in keiner andern Absicht, als um daraus zu beurtheilen, ob wirklich eine Aehnlichkeit der Fälle vorhanden sey.

35) de CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 35.

wiesen hierauf, daß man sich an diesem Orte in Erbfällen von je her nach dem sächsischen Rechte gerichtet hätte; so haben sie auch in Ansehung der zum voraus verlangten Gerade das behauptete Gewohnheitsrecht erwiesen, weil auch diese sächsischen Rechtens ist. Ein anderer Fall. Ein Edelmann verlangt von einem Wittwer, der seiner ohne Leibeserben verstorbenen Ehefrau lehnbares Gut ererbet, vermöge eines Gewohnheitsrechts das Erb- oder Sterbhandlohn. Der Lehnmann glaubt hiezu nicht verbunden zu seyn. Ersterer soll also seine angemaßte Befugniß erweisen. Der Edelmann beweißt nun mit einer Reihe von Fällen, daß ihm jederzeit die Wittwe, welche ihres ohne Kinder verstorbenen Mannes Lehngut ererbet, die Sterbelehn als persona in investitura non comprehensa habe entrichten müssen. Es fragt sich, hat Kläger dadurch sein Recht, auch in dem jetzigen Falle ein Erbhandlohn zu fordern, erwiesen? allerdings. Denn ist gleich der sich jetzt zugetragene umgekehrte Fall vorher noch nicht in individuo vorgekommen, wer wird deswegen läugnen, daß das von dem Lehnherrn erwiesene Gewohnheitsrecht auch mit auf denselben anzuwenden sey, da bey demselben der nämliche Grund, daß auch der Wittwer keine persona in investitura comprehensa ist, statt findet? Jedoch darf auch hier nicht aus der Acht gelassen werden, was wir oben von der Rechtsanalogie überhaupt bemerkt haben, (S. 264 u. folg.) und ich widerstreite gar nicht, daß Gewohnheiten, die exorbitant sind, und besondere Rechte (iura singularia) zum Gegenstand haben, billig zu restringiren, und daher in streitigen Fällen nicht analogisch, sondern specifice zu erweisen sind [36].

Zum

36) Dergleichen Fälle findet man beym *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44. pag. 236. ferner in den

Zum Beweiß einer streitigen Gewohnheit ist jedoch nicht genug, mehrere gleichartige Fälle angegeben zu haben, sondern es muß auch erwiesen werden, daß sie die zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Eigenschaften haben, in sofern selbige nicht etwa vermuthet werden können. So z. B. bedarf die Eigenschaft der Vernunftmäsigkeit keines Beweises, sondern diese wird bey einem erwiesenen Gewohnheitsrechte im Zweifel vermuthet, bis das Gegentheil dargethan ist [37]). Dahingegen aber muß 1) bewiesen werden, daß die angeführten Handlungen, wodurch die Gewohnheit soll begründet worden seyn, öffentlich und in der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit sind unternommen worden, insofern nicht etwa die Eigenschaften sich schon aus der Natur der angeführten Handlungen von selbst ergeben sollten. Denn man setze z. B. daß es solche Handlungen wären, die in den Gerichten vorgekommen, und worüber gestritten worden ist; so ist wegen jener Eigenschaften kein besonderer Beweis erforderlich. Allein man nehme nun den Fall an, daß in einem Orte, dessen Einwohner gewisse Holzungen gemeinschaftlich besitzen, dergleichen Holzerbschaften sich in Teutschland häufig finden, die männlichen Erben allein mit Ausschließung der weiblichen in den Holzantheil des verstorbenen Erblassers zu succediren begehrten, auch desfalls erwiesen hätten, daß diese Holzgerechtigkeit in dem Orte jedesmahl bey dem Mannsstamme verblie-

den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen von Gmelin und Elsässer. IV. Band. N. VII. S. 86. u. folgg.

37) CRAMER c. l. §. 27. KEMMERICH cit. Diss. Sect. II. §. X. pag. 69.

ben sey. Würden sie wohl hierdurch schon die Behauptung einer exclusiven Gewohnheit genugsam dargethan haben? Ich glaube es nicht. Denn sind gleich noch so lange die Holztheile den Söhnen verblieben, so folgt doch daraus noch nicht, daß sie vermöge rechtlicher Nothwendigkeit bey denselben haben verbleiben müssen [38]). Es muß also dieser letztere Umstand noch besonders dargethan werden. 2) Die zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Länge der Zeit bedarf nur insofern eines Beweises, daß nachgewiesen werden muß, wenn die angeführten einzelnen Handlungen vorgefallen sind, damit der Richter beurtheilen könne, ob der Zeitraum, binnen welchem sie vorgefallen sind, ein tempus diuturnum genennt zu werden verdiene. Wenn jedoch in einem Lande zur Einführung eines ungeschriebenen Rechts entweder durch ausdrückliche Landesgesetze oder durch unbestrittenen Gerichtsgebrauch eine gewisse Verjährungszeit angenommen worden ist, so muß besonders gezeigt werden, daß diese Zeit wirklich verflossen sey [39]).

Sind

38) S. Struben in rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 128. und besonders LUDOLF Symphorem. Consultat. et Decision. Vol. I. Consf. 44. pag. 1335. dessen Worte hier einen Platz verdienen: *Non sufficit*, sagt dieser gründliche Rechtsgelehrte, *ad probationem exclusivae consuetudinis, si allegetur, in hoc vel illo casu hereditatis successisse solos masculos, cum exclusione feminarum, sed oportet specialiter doceri, ita propter consuetudinem, vel vi talis consuetudinis factum esse, non alia de causa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex speciali testatoris dispositione, aut, in casu intestati, ex amicabili compositione et pacto, unde aliqua neutiquam infertur consuetudo.* Man sehe auch VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31. und von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden Part. XII. S. 100.

39) *de* CRAMER T. III. Obs. 847. §. 27. et 28. und KEMMERICH a. a. O. §. XII. pag. 77.

Sind nun auf solche Art die zur Einführung einer streitigen Gewohnheit erforderliche Handlungen und deren wesentliche Eigenschaften rechtlich dargethan worden, so wird die Genehmigung des Landesherrn, insofern dieselbe nicht etwa durch eine allgemeine, oder sich auf die streitige Gewohnheit beziehende besondere Verordnung schon ausdrücklich erklärt worden seyn sollte, so lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan worden ist [40]. Es wäre denn, daß von einer solchen Gewohnheit die Rede sey, die den allgemeinen Landesgesetzen gerade entgegen streitet, in welchem Falle ein deutlicher Beweis erfordert wird, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen [41]. Diese erhellet z. B. aus der ausdrücklichen höchsten Confirmation [42] solcher Handlungen, oder auch aus andern Umständen.

Genug von dem Beweisthema; ich will nun gleich zu den Beweismitteln selbst schreiten, wenn ich zuförderst nur noch dies bemerkt habe, daß der an sich schwere Beweis einer streitigen Gewohnheit alsdann viel von seiner Schwierigkeit verliehrt, wenn nicht sowohl über das Daseyn, sondern blos über den heutigen Gebrauch und Gültigkeit [43] einer alten Rechtsgewohnheit gestritten wird;

40) SCHILTER Ex. II. §. 16. not. b.

41) Man vergleiche hier besonders Kemmerich a. a. O. §. XI.

42) *Haec* (confirmatio) schreibt Kemmerich a. a. O. not. d. pag. 71. *in* SANCTIORI *Principis* SENATU *potissimum, vel, hoc deficiente, in* REGIMINE *saltem* PROVINCIALI *fieri debere videtur: si scilicet, relatione ad Principem facta, actus consuetudinis inductivus confirmetur.*

43) S. Kemmerich a. a. O. §. 2. S. 60. u. not. e.

z. B. einer solchen, welche in einer Collection des Mittelalters z. E. im Sachsenspiegel enthalten ist (§. 69).

Die Beweismittel bey einem Gewohnheitsrechte können nun, wie in andern streitigen Fällen,

I) Zeugen seyn. Wie viele aber zu einem solchen Beweise, von welchen hier die Rede ist, erfordert werden, ist unbestimmt. Daher die meisten Rechtsgelehrten der Meinung sind [44]), daß es auch in diesem Falle bey der Regel bleibe, nach welcher zu einem vollständigen Beweise nur zwey untadelhafte Zeugen erfordert werden [45]). Andere wollen jedoch eine größere Anzahl der Zeugen beym Beweise einer rechtlichen Gewohnheit für nöthig, oder wenigstens für zuträglicher halten [46]). Meines Erachtens läßt sich hiervon in abstracto nichts bestimmen, sondern es kommt alles auf ihre Wissenschaft an, die sie von den einzelnen Handlungen haben, wodurch die streitige Gewohnheit erwiesen werden soll. Haben nun zwey derselben von den zum Beweis angeführten einzelnen Fällen und deren Umständen vollkommene Wissenschaft, sind sie überdies classisch, so ist nicht einzusehen, warum der Beweis durch die Aussagen zweyer solcher Zeugen nicht für vollführt geachtet werden

44) COLERUS de Processſ. executiv. P. I. Cap. III. n. 34. SCHILTER Exerc. II. §. 20. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 86. u. a. m.

45) L. 12. *D. de testib.*

46) STRUV Synt. iur civ. Ex. II. th. 21. FABER Cod Lib. IV. Tit. 15 Definit. 14. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. VOET Commentar ad Pandect. h. t. §. 34. Letzterer erfordert wenigstens zehen Zeugen.

werden sollte [47])? Daß inzwischen der Beweisführer eben deswegen wohl thut, wenn er mehr als zwey Zeugen ernennt, hat keinen Zweifel. So viel nun aber die Aussagen derselben anbetrift, so ist es nicht hinreichend, wenn die Zeugen überhaupt deponiren, daß eine dergleichen Gewohnheit, worüber gestritten wird, wirklich vorhanden sey [48]), oder wenn sie die ihnen vorgelegten Beweisartikel nur schlechtweg bejahen; nein; es müssen ihre Aussagen, wenn sie beweisen sollen, nicht nur auf die einzelnen Fälle und Handlungen der Gewohnheit, und übrigen Eigenschaften derselben gerichtet seyn, sondern auch einen hinreichenden Grund ihrer Wissenschaft enthalten [49]). In so fern es jedoch nur auf das Alterthum eines gewissen in Streit gezogenen Gebrauchs allein ankommen sollte, sind auch Testes de auditu für zulässig allerdings zu halten, zumahl wenn dieselben ihre Aussagen dahin gestellet haben, wie sie es von sehr alten Leuten gehört, daß etwas immer und seit Menschengedenken nicht anders gewesen wäre [50]). Und da es übrigens beym Beweise eines Gewohnheitsrechts vorzüglich auf einzelne Handlungen ankommt, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch Testes singulares, welche von einzelnen verschiedenen, aber doch homogenen Handlungen,

 oder

47) de CRAMER T. III. Ob. 847. §. 29.

48) MYNSINGER Cent. V. Obs. XLI. n. 14. *Hofacker* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 125.

49) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XIV. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. S. 83 PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. II. Obs. 138. §. 1. Rundens Grdsätze des teutschen Privatrechts §. 56.

50) STRUV a. a. O. WERNHER sel. Obs. for. T. I. P. IV. Obs. 37. n. 3.

oder von verschiedenen Umständen einerley Factums, die aber einander nicht entgegen sind, zeugen, für unzulässig nicht gehalten werden dürfen[51])

II) Urkunden, welche entweder dergleichen Handlungen selbst enthalten, wodurch die Gewohnheit erwiesen werden soll, z. B. schriftliche und obrigkeitlich bestättigte Aufsätze über Handlungen der Art, wovon die Frage ist, desgleichen rechtskräftige Urtheilssprüche, in welchen nach der vorhin schon einmal bestrittenen Gewohnheit gesprochen worden ist[52]); oder welche das Daseyn der streitigen Gewohnheit beglaubigen, nämlich glaubwürdige Atteslate[53]), die eine Erzählung, daß dergleichen Handlungen vorgekommen sind, als zur Begründung der behaupteten Gewohnheit erfordert werden, enthalten, machen auch hier wichtige Beweismittel aus. Es kann jedoch das blose Zeugniß des Richters von einer hergebrachten Gewohnheit, wenn in demselben keine einzelne Handlungen und Fälle, überall mit Beziehung auf die Acten, angegeben worden sind, die Kraft eines rechtlichen Beweises nicht behaupten[54]), und wenn gleich

51) S. GAERTNER Meditat. pract. pag. 29. n. 2.

52) Runde a. a. O.

53) Wie solche Atteslate beschaffen seyn müssen, zeigt Struben in den rechtl. Bedenken V. Th. Bed. 90. S. 187.

54) S. Struben 2. Th. Bed. LIX. §. 4. S. 222. a WERNHER T. I. P. IV. Obs. 110. ibique in *Supplement.* und T. III. P. II. Obs. 252. n. 116 sqq. CRAMER c. l. §. 30. et 31. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decision. Part. I. Resp. VI. n. 8. pag. 102. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 408. u. folg. Runde a. a. O. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XV. not. p.

gleich einige Rechtsgelehrte der Meinung sind [55]), daß ein solches allgemeines Attestat, wenn es nur durch das Gerichtssiegel, und die gewöhnliche Unterschrift des Gerichts bekräftiget worden, wenigstens einen halben Beweis mache; so ist doch dieses von Andern [56]) mit mehrern Grunde geläugnet worden, indem bekannten Rechtens ist, daß überhaupt kein Zeugniß, welches nicht bestimmt, sondern nur in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt ist, etwas, mithin auch nicht einmal semiplene erweise [57]). Es muß also das richterliche Attestat, wenn es eine volle Beweiskraft haben soll, so eingerichtet werden, daß es nicht nur einzelne Fälle aus Gerichtsacten enthält, sondern auch daraus die erforlichen Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts erhellen; so wie sichs denn auch wohl von selbst versteht, daß der Beweis der Gewohnheit nicht das eigene Interesse des Richters betreffen dürfe [58]). Ob nicht

Hh 5 III) in

55) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 9.

56) REINHARTH ad Christinaei Decision. Vol. IV. Obs. 66. p. 96. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 13.

57) *L. 4. Cod. de testib.* Ein anders ist es, wenn die Analogie des teutschen Rechts das Zeugniß des Richters unterstützt, wovon Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Band 2. Th. Dec. 43. ein Beyspiel giebt.

58) Z. E. wenn der Richter, um ein von ihm gesprochenes Urtheil zu rechtfertigen, ein Herkommen durch sein Zeugniß darthun wollte, welches der andere streitende Theil im Zweifel gezogen, so kann das Zeugniß des Richters in causa propria keinen gültigen Beweiß geben. S. MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum T. I. Obs. 36.

III) in Ermangelung anderer Beweismittel auch die Zuschiebung des Eides zum Beweis einer streitigen Gewohnheit gebraucht werden könne? ist nur in so weit zu verneinen, als der Eid überhaupt darüber deferirt werden soll, daß eine solche Gewohnheit, als behauptet werden will, wirklich vorhanden sey [59]), weil eines Theils überhaupt kein Eid in folle zugeschoben werden darf, sondern das factum, worüber der Eid deferirt wird, jederzeit nach allen denjenigen Umständen, wovon die Wahrheit desselben abhängt, bestimmt seyn muß [60]); andern Theils aber die Natur eines Gewohnheitsrechts diese Beweisart an sich nicht zuläßt, indem eine erwiesene Gewohnheit, als Gesetz, viele verbindet, niemand aber durch seinen Eid den Rechten eines Dritten zu nahe treten, oder einem Dritten eine Verbindlichkeit aufbürden darf [61]). Daß indessen über einzelne Umstände der zum Beweis angeführten Handlungen, wovon der Gegner Wissenschaft haben muß, der Eid zugeschoben werden könne, leidet keinen Zweifel. Sollte aber nicht auch

IV) in dem Falle, da die vorgegebene rechtliche Gewohnheit nur halb, oder auch über die Hälfte, aber doch noch nicht vollständig erwiesen worden, wenigstens auf den Erfüllungseid erkannt werden können? Die meisten Rechts-

59) S. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 321. n. VIII. S. 461. MALBLANC doctrina de iureiurando. Lib. III. Cap. III. §. 44. pag. 136.

60) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. *Goett.* 1772. §. XII. n. II. pag. 16.

61) MALBLANC a. a. O. S. 138.

Rechtsgelehrten leugnen dieses[62]). Andere aber wollen wenigstens das iuramentum de credulitate zulassen[63]). Ich glaube, wenn an der Vollständigkeit des Beweises nur noch wenig mangelt, und der Erfüllungseid nur dazu dienen soll, diesen oder jenen einzelnen Umstand, der schon zu einen ziemlichen Grad der Probabilität gebracht worden ist, durch diesen Eid völlig ausser Zweifel zu setzen, so kann allerdings darauf erkannt werden[64]).

Hiermit beschließt nun unser Autor diese wichtige Materie vom Gewohnheitsrecht, wenn nun gleich in andern Systemen und Commentaren ausser den vorgetragenen Sätzen auch noch von der Wirkung und Auslegung eines Gewohnheitsrechts gehandelt zu werden pflegt, so erfordern doch diese Puncte keine weitläuftige Erörterung, sondern lassen

62) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. in fine. wo er folgenden Grund anführt: *Cum tali iureiurando actor id, quod minus plene probatum eſt, conſcientiae propriae teſtimonio, circa proprium, non alienum factum occupato, confirmet; hic vero non de iurantis facto, ſed populi totius conſenſu tacito, ac frequentibus non actoris reive, ſed aliorum actibus, dubitatio ſit; et praeſuppoſita actuum frequentia ad conſuetudinem neceſſaria, non poſſit non eſſe pluribus notum, quod conſuetudine obtentum eſt; apparet, niſi fallor, hic iurisiurandi ſuppletorii materiam deficere.* Hiermit stimmen auch Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. N. 163. S. 418. HERTIUS Vol. II. deciſ. 408. n. 2. CRAMER T. III. Obſ. 847. §. 33. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 125. pag. 102. u. a. m. überein.

63) WERNHER P. I. Obſ. 38. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandectas. Spec. I. pag. 29.

64) MALBLANC doctr. de iureiurando pag. 276. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. pag. 84.

lassen sich daraus, daß die rechtlichen Gewohnheiten die Gesetze nachahmen [65]) und mit ihnen gleiche Kraft und Wirkung behaupten [66]), von selbst herleiten. Durch Gewohnheiten werden daher nicht nur neue Gesetze eingeführt [67]), sondern es wird auch dunklen Gesetzen dadurch ein bestimmter Sinn gegeben [68]), ja es können sogar geschriebene Gesetze durch neue Gewohnheitsrechte ihre Kraft verlieren [69]). Daher pflegt man eine legale Gewohnheit in consuetudinem *introductivam*, *interpretativam* und *abrogativam* einzutheilen. Eine legale Gewohnheit ist übrigens, wie ein jedes anderes Gesetz, zu interpretiren, und läßt, nachdem es der Grund derselben mit sich bringt, eben sowohl eine extensive, als restrictive Erklärung zu [70]).

§. 88—92.

Von den Statuten der Gemeinheiten.

§. 88.

Begriff und verschiedene Gattungen der Gemeinheiten.

Vom Gewohnheitsrechte geht unser Autor zu der Lehre von den **Statuten** der Gemeinheiten und Collegien

65) *§. 9. I. de I. N. G. et C.* Diuturni mores consensu utentium comprobati, *legem imitantur.*

66) *L.* 32. 33. 35. 36. u. 38. *D. h. t.* S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de iuris non scripti extra territorium efficientia. Goett. 1737.

67) *L.* 32. *pr. D. h. t.*

68) *L.* 37. *D. h. t.* Optima est Legum interpres consuetudo.

69) *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* Diesem ist *L.* 2. *C. quae sit longa consuet.* nicht entgegen, wie ich ad §. 93. zeigen werde.

70) VOET h. t. §. 36.

gien über, weil auch diese in gewisser Rücksicht als eine Gattung von Gesetzen anzusehen sind. In den Fragmenten dieses Titels unserer Pandecten kommt jedoch nichts davon vor, sondern es wird davon an einem ganz andern Orte Lib. XLVII. Tit. 22. gehandelt. Eine Universitas personarum, eine Gemeinheit, Gemeinde, Collegium, Korpus oder Korporation ist überhaupt eine vom Staate oder desselben Oberhaupte ausdrücklich genehmigte oder privilegirte Gesellschaft, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden hat. Sie erfordert also 1) die Verbindung mehrerer Menschen oder Mitglieder des Staats zu einem gemeinschaftlichen Endzweck; wie jede andere Gesellschaft; sie unterscheidet sich jedoch darin, daß sie 2) einen fortdaurenden Endzweck hat, welcher mit dem gemeinen Zweck des Staats überhaupt in einer gewissen Verbindung steht; und 3) vom Staate genehmiget ist. Eine dergleichen Gemeinheit wird als eine moralische Person angesehen, die nie stirbt, sondern immer dieselbe bleibt, wenn auch deren Glieder sich ganz oder zum Theil verändern, ja sie besteht noch, wenn auch die Anzahl ihrer Glieder bis auf eine einzige Person wäre vermindert worden [71]. Die Hervorbringung einer solchen moralischen Person ist nur ein Werk des bürgerlichen Gesetzgebers [72]. Die Gesetze

71) *L. 7. §. 2. D. Quod cuiusq. univers. nomine.*

72) Weder hohe Justizcollegien, noch Unterobrigkeiten dürfen sich also ein solches Recht, Gemeinheiten zu bestätigen, anmassen, wenn es ihnen nicht ausdrücklich vom Landesherrn ertheilet worden ist. BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. I. §. 18. n. 2. LEYSER Spec. DLIX. in fin. Coroll. 2. Dem Landesregenten kommt dieses Recht vermöge seiner oberaufsehenden Gewalt zu.

Gesetze eignen dieses Recht dergestallt dem Regenten und höchsten Gesetzgeber im Staate zu, daß es den Unterthanen als eine unerlaubte und strafbare Handlung zugerechnet wird, wenn sie sich unterfangen, eine moralische Person zu gründen, welche von dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich dafür erklärt worden ist[73]). Und diese ausdrückliche Erklärung des Regenten ist eben die Bestätigung, wodurch sich eine Universitas oder Gemeinheit von einer jeden andern Gesellschaft unterscheidet, und wodurch ihr zugleich die Fähigkeit beygelegt wird, bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten im Staate zu erwerben [74]).

Da eine Personen-Gemeinheit immer eine bestimmte gesellschaftliche Verbindung mehrerer Menschen voraus setzt, die vom Landesherrn zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Endzwecks ist bestätiget worden; so giebt es nun so mancherley Gattungen solcher moralischer Personen, so verschieden diese gesellschaftliche Verbindungen unter den Menschen in Absicht ihres Endzwecks, ihrer Mitglieder und ihrer innern Verfassung seyn können. Der Zweck, wozu Collegien oder Gemeinheiten gestiftet worden sind, kann entwe-

zu. S. Hofr. Schnauberts Reichsständisches Staatsrecht §. 238. u. 242.

73) f. 1. *L. 3. §. 1. D. de collegiis et corporib.* Dies mag auch wohl die Ursache seyn, warum die Lehre von Gemeinheiten und Collegien unter diejenigen Titel der Pandecten gebracht worden ist, die von Verbrechen handeln.

74) Die Lehre von den moralischen Personen hat am besten Herr Prof. Woltär in den Grundsätzen der Rechtsgelehrsamkeit (Halle 1785. 8.) zwot. Abschn. S. 215. u. folgg. abgehandelt.

entweder ein geistlicher, — Gottesverehrung, oder ein weltlicher seyn, der auf die Regierung des Staats, oder auf die Erleichternng gewisser Erwerbungsmittel, oder auf die Beförderung eines andern Nutzens, abzielt; im erstern Falle werden sie kirchliche oder religiöse [75]), z. B. Kirchen, Stifter, Klöster; im zweyten aber weltliche Gemeinheiten oder Collegien genennt, z. B. Landesregierungen, Städte, Dörfer, Innungen und Zünfte der Handwerker 2c. Schulen und Akademien werden jedoch bekannten Rechten nach zu den universitatibus ecclesiasticis auch selbst unter den Protestanten gerechnet; auf was für Gründen aber diese Einrichtung beruhet, dieses auseinander zu setzen, gehört nicht hierher [76]). Ferner unterscheiden sich universitates personarum auch in Ansehung ihrer Glieder von einander, je nachdem diese entweder individual- oder moralische Personen sind. Im erstern Falle werden sie Collegien; im zweyten aber Corpora im eigentlichen Verstande genennt. Mehrere Collegia zusammen, welche in einer gewissen Verbindung stehen, machen also ein Corpus aus. Z. B. eine Academie [77]). Endlich nach dem Unter-

75) Daß im canonischen Rechte universitates ecclesiasticae, und congregationes religiosae von einander verschieden sind, ist bekannt, denn letztere haben ein religiöses Ordensleben zum Endzweck. S. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. pag. 309.

76) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. Tit. 6. §. 455. u. 456.

77) STRYCK Us. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. 22. §. 1. sagt: CORPUS *a* COLLEGIO *ita distinguitur, quod illud sit coniunctio plurium diversorum collegiorum.* Jedoch werden die Worte Colle-

Unterschied ihrer innern Verfassung sind Universitäten entweder von der Art, daß einige Mitglieder eine mit Zwangsrechten versehene Direction und Gerichtsbarkeit über die andern haben, oder nicht. Erstere werden *universitates ordinatae*, auch Staatsgesellschaften genennt, z. B. Städte, Capitel, Academien [78]).

§. 89.

Rechte einer Universität. Begriff und verschiedene Gattungen der Statuten.

Gemeinheiten stellen in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person vor, und haben, so wie andere Personen im Staate, ihre Rechte und Verbindlichkeiten; ja so lange in Rücksicht auf die Arten der Rechte, welche Menschen erwerben können, die Gesetze keinen Unterschied zwischen einer moralischen Person und einen individuellen Menschen machen, so lange ist eine moralische Person auch gleicher Rechte fähig, wenn nur das Recht, von dessen Erwerbungsfähigkeit die Rede ist, nicht von der Natur ist, daß es schlechterdings nur von dem Menschen, der es erworben, in eigner Person muß ausgeübt werden. Denn so kann z. B. eine moralische Person keine elterliche Gewalt erwerben, auch kein Testament oder Codicill machen [79]).

Die

Collegium und corpus auch oft für Eins genommen. *L.* 10. *§.* 1. *D. de vacat mun. L. penult. §.* 12. *D. de iure immunit. L.* 1. *D. quod cuiusq. univ. nom.*

78) Andere Begriffe verbindet mit diesen Benennungen Herr Geh. R. NETTELBLADT System. elem. iurispr. pos. Germ. gen. Lib. II. Sect. I. Tit. I. §. 849. seq.

79) S. Woltär a. a. O. §. 176. S. 224. u. folgg.

Die Rechte einer Universität lassen sich übrigens sehr gut in zwey Hauptclassen eintheilen. Einige fliessen aus der Natur und dem Zweck der Gesellschaft her, und stehen also einer jeden Personengemeinheit nach Masgabe ihres Entzwecks schon von selbst zu, ohne daß eine besondere Erwerbung nöthig ist; diese werden Gesellschaftsrechte, von andern auch Collegialrechte genennt; und verhalten sich als Mittel zur Erreichung des gemeinschaftlichen Endzwecks der Universität. Andere Rechte haben ihren Grund in einer besondern Concession der Gesetze, oder des Regenten, oder sie sind durch einen besondern Rechtstitel erworben. Zu diesen gehört, daß Universitäten die Rechte der Pupillen und Minderjährigen haben, und ihnen daher, wie diesen, bey erweißlicher Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommt [80]). Auch können, wenigstens nach dem neuern römischen Rechte, erlaubte Gemeinheiten zu Erben eingesetzt, oder ihnen sonst etwas vermacht werden [81]). Ja es erlauben sogar die Gesetze, daß eine moralische Person solche Rechte erwerben könne, welche einem Menschen nur auf die Zeit seines Lebens zugestanden werden, und nach dessen Tode wieder zurückfallen. Nur ver-

80) *L.* 22. §. 2. *D. L.* 4. *C. ex quib. caus. maior. in int. rest. L.* 3. *C. de iure reipubl. cap.* 1. u. 3. *X. de restitut. in integr.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIV. med. 3. NETTELBLADT a. a. O. §. 869.

81) *L.* 12. *C. de hered. instit. L.* 2. u. *L.* 20. *D. de reb. dub.* S. HEINECCIUS de collegiis et corpor. opificum. Cap. I. §. 27. seqq. in Opusc. var. pag. 412. seqq. und Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten. Kap. 3. §. 145. u. folgg. S. 107.

verordnen sie zu gleicher Zeit, daß wenn eine moralische Person dergleichen Rechte erworben haben sollte, solche denn eben so nach Ablauf von hundert Jahren zurückfallen sollen, wie sie würden mit dem Tode eines Menschen zurückgefallen seyn, der sie erworben hatte [82]). Ausserdem hängt es von der Willkühr des Gesetzgebers ab, in wie weit er die von ihm bestättigte oder gestiftete Gemeinheit der Erwerbung bürgerlicher Rechte in seinem Staate fähig erklären, oder welchen Stand und welche Rechte er ihr sonst beylegen wolle [83]). So viel nun insonderheit die Gesellschaftsrechte einer Gemeinheit anbetrift, so gehören dahin vorzüglich folgende:

1) Das Recht, ein eigenthümliches Vermögen zu erwerben, und eine gemeinschaftliche Casse zu haben [84]), woraus die zur Unterhaltung derselben erforderliche Kosten bestritten werden können. Hiermit ist auch das Recht die zur Verwaltung dieser Gemeinheitsgüter nöthige Administratoren zu bestellen [85]), verbunden.

2) Das

82) *L. 56. D. de usufructu. L. 8. D. de usufr. legat.* In beyden Gesetzstellen wird zum Grunde angeführt: quia is finis vitae longaevi hominis est. S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. pag. 659.

83) Woltär a. a. O. §. 173. S. 219.

84) *L. 1. §. 1. D. Quod cuiusque univ. nom.*

85) Zwischen diesen Administratoren und der moralischen Person selbst tritt eben dasjenige rechtliche Verhältniß mit allen daraus fließenden Folgen ein, welches zwischen Vormündern und Pupillen oder Minderjährigen obwaltet. *Clement. 2. de domib. religios.* G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. V. Tit. VIII. §. 629. Woltär a. a. O. §. 180. S. 233. u. folg.

2) Das Recht, Vorsteher und andere zur Betreibung der gesellschaftlichen Angelegenheiten nöthige Bediente, (officiales universitatis,) insonderheit zur Führung ihrer gemeinschaftlichen Processe einen Anwalt oder Syndicum zu bestellen; wovon Lib. III. Tit. 4. ein mehreres [86])

3) Das Recht eines Gemein-Siegels stehet eigentlich nur ordinirten Universitäten und Collegien zu [87]). Zünfte aber können ein solches ohne besondere landesherrliche Bewilligung nicht führen, in sofern es nicht etwa schon bey Einrichtung einer Zunft ertheilet worden ist [88]).

4) Das Recht, Statuten zu errichten [89]).

Ii 2 Von

86) *L. 1. §. 1. D. quod cuiusq. univ. nom.*

87) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de iure et auctoritate sigilli authentici. Halae 1742. GOSSEL de sigillis universitat. Lips. 1750.

88) Joh. Fried. Christoph Weisser Recht der Handwerker. (Stuttgardt 1780. 8.) 3. Abschn. §. 29.

89) *L. 4. D. de Colleg. et Corporib.* Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt. His autem potestatem facit lex, pactionem, quam velint, sibi ferre: dum ne quid ex publica Lege corrumpant. In den folgenden Worten wird dieses Gesetz aus den Gesetzen des Solons hergeleitet, welches aber ganz unnöthig war, indem jede im Staat erlaubte Gesellschaft schon an sich das Recht hat, die Mittel zur Erhaltung ihres Endzwecks zu verabreden, sich deswegen zu vergleichen, und dieselbe durch einen Gesellschaftsvertrag festzusetzen. S. *Zach.* HUBER Diss. de Legibus Solonis, quas recitat Gajus lib. IV. ad Leg. XII. Tabular. Cap. II. in *Dissertat. iurid. et philolog. (Franequerae* 1703. 4.) P. I. pag. 281. seqq.

Von diesen wird nun noch insonderheit zu handeln seyn [90]). Was sind denn aber Statuten der Gemeinheiten? Ueberhaupt verstehet man darunter die verbindlichen Regeln, welche für eine Personen-Gemeinheit, z. B. für eine Stadt, ein Stift, eine Academie u. dgl. ausdrücklich festgesetzt worden sind. Diese können von zweyerley Art seyn. Entweder solche, die unter den Mitgliedern einer Gemeinheit vertragsweise sind errichtet worden, und also nur als Verträge verbinden; oder solche, die als Gesetze in der Gemeinheit promulgirt werden sind, und als Gesetze verbinden. Erstere werden *statuta conventionalia, iure collegiali condita*; letztere aber *statuta legalia* genennt. Diese können entweder von dem Landesregenten selbst einer Gemeinheit promulgirt worden seyn; denn es ist nichts ungewöhnliches, solche particuläre Landesordnungen *Statuta*, Stadtgesetze, zu nennen [91]); oder es kann seyn, daß der Regent die gesetzgebliche Gewalt einer Gemeinheit auf eine von ihm abhängige Weise in einem gewissen

90) Unter den vielen Schriften, welche von Statuten handeln, verdienen vorzüglich empfehlen zu werden: *Paul* VOET de statutis eorumque concursu. Amstelod. 1661. 12. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. I. Tit. IV. P. II. *Christ. Gottl.* RICCIUS Entwurf von Stadtgesetzen oder Statutis. Frankf. u. Leipz. 1740. 4. *Fr. Ign.* UNGER Diss. de eo, quod circa observantias et statuta ecclesiarum, piorum corporum, municipiorum, collegiorum aliarumque communitatum iuris est. *Wirceb.* 1754. *Io. Otto* LUTTERLOH Diss. de statutis collegiorum opificum. Goett. 1759. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. Lib. I. Cap. III. Tit. 3. pag. 105. seq.

91) Reichskammergerichts-Ordn. P. I. T. 3. §. 1. Reichshofr. Ordnung Tit. I. §. 15. J. R. A. §. 105.

gewissen Bezirk des Staats verliehen hat. Was sodann dieselbe vermöge dieser Gewalt verordnet, ist eigentliches Gesetz, und ob es gleich in der Gestalt, wie ein Gemeindsvertrag z. B. durch Mehrheit der Stimmen zu Stande kommt, so gehört dies dennoch blos zu der Art, wie die gesetzgebliche Gewalt von der Gemeinheit ausgeübt wird, ändert aber die Natur der gesetzlichen Vorschrift keineswegs [92]).

Eine sehr gewöhnliche Bedeutung ist ferner diejenige, da man die Stadtrechte, welche mit oberherrlicher Genehmigung sind errichtet worden *statuta* nennt. Diese werden auch mit den Namen Willkühr, Weichbild, oder Markt-Recht belegt [93]). Hier versteht unser Autor unter Statuten dasjenige Recht, welches unter den Mitgliedern einer gewissen Gemeinheit oder eines Collegiums vermittelst eines Vertrags ist festgesetzt worden. Statuten in dieser letztern Bedeutung gelten eigentlich und an sich nur wie Verträge, sie erhalten jedoch eine gesetzliche Auctorität, wenn sie vom Landesherrn bestätiget worden sind.

§. 90.

Gültigkeit der Conventionalstatuten.

Sollen Statuten gelten, welche durch einen Gesellschaftsvertrag errichtet worden sind, so wird dazu erfordert,

 1) daß

92) S. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. 1. Th. N. V. §. 2. S. 62. u. folgg.

93) RICCIUS a. a. O. 1. Buch. 1. Hauptst. §. VII. u. folgg. C. U. GRUPEN Diss. de civitatum forma, vulgo Weichbild. Hanover 1758. 4. Westphals teutsches Privatrecht. 1. Th. 2. Abhandl. S. 28. u. folgg. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. B. §. 49. S. 163.

1) daß der Gegenstand derselben ein solcher sey, welcher Gemeinde- oder Gesellschaftssachen betrifft. Sonst tritt die Gemeinheit aus den Schranken ihrer Gesellschaftsgewalt. Was nun aber Gemeindesachen sind, ist theils aus dem Endzweck der Gemeinheit, theils aus der Natur anderer von ihr erworbenen Gerechtsame zu beurtheilen [94]. Denn man setze, daß der Gemeinheit oder dem Collegio die Gerichtsbarkeit, oder Episcopalrechte zustehen, so sind auch Sachen, welche die Ausübung derselben betreffen, unstreitig für Gemeindesachen zu halten. Gleichwie nun aber alle im Staate gebilligte Gesellschaften der Hoheit des Staats unterworfen sind, so dürfen auch

2) dergleichen Gesellschaftsverträge nicht gegen ausdrücklich und schlechterdings gebietende Gesetze des Regenten streiten, oder sonst dem gemeinen Wohl nachtheilig seyn. In einem solchen Falle ist die besondere Bestätigung des Landesherrn schlechterdings erforderlich, wenn gleich die Gemeinheit durch ein ausdrückliches Privilegium das ius statuendi erhalten haben sollte [95]. Denn es läßt sich mit Vernunft nicht annehmen, daß der Landesherr durch ein solches Privilegium sich seiner gesetzgebenden Macht, als des höchsten Majestätsrechts, habe entäussern; und eine ganze Gemeinde von dem Gehorsam gegen landesherrliche Befehle dispensiren, oder die Befolgung seiner Gesetze ihrer

94) Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte. 1. Th. N. V. §. 3.

95) Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 25. S. 88. u. folgg.

rer Willkühr überlassen wollen [96]). Sind jedoch vorhandene Gesetze nicht schlechterdings gebietend oder verbietend, sondern nur hypothetisch, so kann einer Gemeinheit das Recht, durch Verträge etwas von denselben abweichendes festzusetzen, um so weniger versagt werden, als diese Befugniß sogar einzelnen Bürgern des Staats zusteht. Da jedoch Verträge eigentlich und in der Regel nur die Paciscenten verbinden, die sie schliessen, aber keinen Dritten, so folgt hieraus,

3) daß durch die Statuten, welche nichts anders als Verträge sind, Niemand als die Mitglieder der Gemeinheit, welche dieselben errichtet, oder doch in dieselben gewilliget haben, verbunden werden. Sie erstrecken also ihre Verbindlichkeit nicht auf diejenigen, welche keine Gemeindeglieder sind; es wäre denn, daß durch einen Gemeindeschluß solche Rechte und Verbindlichkeiten wären festgesetzt worden, welche blos Grundstücke betreffen; z. B. wenn vermöge eines solchen Gesellschaftsvertrags die Kosten zur Bestreitung der Gemeindeausgaben unter dem Namen, Anlagen, auf die Häuser und Grundstücke in der Gemeinde ausgeschlagen worden; so müssen sich solche Lasten auch Fremde gefallen lassen, welche dergleichen Güter, auf denen sie haften, acquiriren [97]). Ausserdem wird kein

 Drit-

96) Mit Recht sagt *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius publicum univers. pag. 401. der gleiche Meinung hegt: *potestas talis concessa semper intelligitur* SALVO IURE IMPERANTIS, *cui est subordinata.* Man sehe auch von Cramer wetzlarische Nebenstunden Th. VII. S. 114. f. und Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 62.

97) Eben so, wie sich jeder Nachfolger und Besitzer eines veräußerten Grundstücks das Pfandrecht, oder die Servitut gefallen

Dritter, der nicht Mitglied der Gesellschaft ist, durch das Statut einer Gemeinheit verbunden. Wir reden jedoch blos von conventionellen Statuten. Bey solchen Statuten, die eine gesetzliche Auctorität erlangt haben, ist es freylich anders. Denn durch diese werden nicht blos die Mitglieder der Gemeinde selbst, sondern auch andere verbindlich gemacht, welche in dem Bezirke, worin der Gemeinheit die gesetzgebende Gewalt zusteht, sich aufhalten. Stadtgesetze (statuta legalia) verbinden daher nicht nur diejenigen, welche wirklich Bürger sind, sondern auch andere, welche in der Stadt ihren Wohnsitz haben, und die Vorstädter [98]. Da die Befugniß gewisse Statuten zu machen, eine Gemeinheit nothwendig auch berechtiget, darüber zu halten, und gewisse äussere Motive zu bestimmen, welche die Mitglieder zur Beobachtung derselben antreiben können; so kann ferner

4) einer

fallen lassen muß, die wir durch einen Vertrag vorher einem Dritten darauf constituirt haben; dies bestärkt auch *L. 67. D. de contrah. emt et vendit.* wo es heißt: Alienatio cum fit, *cum sua causa* dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset. CAUSA zeigt hier die ganze Beschaffenheit der Sache an, es werden also darunter insonderheit auch die auf der Sache ruhende Beschwerungen verstanden. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontract (Leipzig 1789.) 1. Th. 1. Hauptst. 4. Kap. §. 115. S. 99.

98) S. *Christ. Henr.* BREUNING quaest. iur. controv. an iura urbium statutaria obligent incolas municipiorum. Lipsiae 1773. *Paul. Wilh* SCHMIDT Diss. de statutis civitatum, quatenus incolas suburbiorum obligent. Ienae 1755. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 154.

4) einer Gemeinheit das Recht, mit der Uebertretung ihrer Statuten gewisse Strafen zu verknüpfen, um so weniger versagt werden, je bekannter es ist, daß auch Paciscenten sich zu einer Conventionalstrafe verpflichten können, wenn wider den Vertrag, welchen sie geschlossen haben, gehandelt werden sollte. Nur müssen die Conventionalstrafen freylich so beschaffen seyn, daß sie mit dem Zwecke und der Beschaffenheit der Gesellschaft übereinkommen, und hierdurch kein Eingrif in die Majestätsrechte geschieht. Und dieses Recht, gewisse gesellschaftliche Strafen zu bestimmen, ziehet auch

5) die Gewalt nach sich, solche den Uebertretern aufzulegen, und die in den Zweck der Gesellschaft einschlagende Handlungen nach der festgesetzten Regel der Statuten zu beurtheilen [99]. Man will dieses Gesellschaftsrecht mit dem Namen einer Conventionalgerichtsbarkeit belegen, doch immer nur im uneigentlichen Verstande, indem, wenn Gewalt zu brauchen nöthig ist, die Hülfe der Obrigkeit angerufen werden muß. Ein anders wäre es, wenn einer Gemeinheit die ordentliche Gerichtsbarkeit als ein besonderes Recht verliehen worden. Endlich ist

6) noch dieses zu bemerken, daß Gemeindeschlüsse schlechthin zu befolgen, und unter dem Vorwande einer Unbilligkeit von einzelnen Gemeindegliedern nicht umgestossen werden können, da sie eines Theils einer freywilligen Zusammentretung und Uebereinstimmung der Gemeindeglieder ihren Ursprung zu danken haben, andern Theils aber auch eine

99) Man sehe hier vorzüglich MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 29.

eine Gemeinde die Vermuthung für sich hat, daß sie zur Abfassung eines Schlusses aus hinlänglichen Gründen geschritten seyn werde [100]).

§. 91.

Von Errichtung der Gemeindeschlüsse.

Vor allen Dingen kommt es jedoch bey der Frage, ob Statuten gültig und verbindlich sind, auf die gehörige Art ihrer Errichtung an. Ist diese durch besondere Grundgesetze, oder durch Observanz festgesetzt, so muß es dabey bleiben, und die in Gemäßheit derselben abgefaßte Statuten sind sodann allerdings für die ganze Gemeinde verbindlich, wenn sie auch nicht einzeln darein gewilliget haben sollte [1]). So z. B. steht oft dem Stadtmagistrat in den Landstädten das ius statuendi vermöge eines landesherrlichen Privilegiums, oder vermöge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrags mit der Bürgerschaft zu [2]); und es kommt alsdann weiter auf die Observanz an, ob er dieses Recht allein, oder anders nicht als mit Zuziehung einiger Deputirten von der Bürgerschaft ausüben kann [3]). Im Falle nun aber wegen der Art, wie die

100) S. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 3. Band. N. V. S. 57. u. folgg.

1) S. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum.* Tom. I. Obſ. 23.

2) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. X. med. 6. Ausserdem ist der Magistrat einer Landstadt nicht befugt, der Bürgerschaft ohne ihre Einwilligung Statuten aufzubürden. Vergleiche LEYSER Medit. ad Pandect. Spec. VIII. med. 7.

3) HOFACKER Princip. iur. civ. rom. germ. T. I. §. 135. in fin. Riccius von Stadtgesetzen. II. Buch. 3. Kap. §. 20. S. 354.

die Statuten in einer Gemeinde zu errichten, keine besondere Einrichtung vorhanden ist, muß die Vorschrift des gemeinen Rechts zur Richtschnur genommen werden. Nach dieser wird nun zur gesetzmäßigen Errichtung der Statuten folgendes erfordert.

1) Es müssen alle Mitglieder der Gemeinheit, oder des Collegiums auf die darin hergebrachte Weise zusammen berufen werden. Auch Unmündige und Minderjährige mit ihren Vormündern. Von diesen müssen

2) wenigstens zwey Drittel erscheinen; und endlich muß

3) der größte Theil der Anwesenden in den Gemeinbeschluß, oder das zu errichtende Statut einwilligen [4]). Was alsdann auf solche Art durch die Mehrheit der Stimmen beschlossen worden ist, wird als ein einstimmiger Gemeindeschluß angesehen, welchen sich auch diejenigen, die den kleinsten Theil ausmachen, gefallen lassen müssen [5]). Der Vorwand, daß ihre Meinung der moralischen Person vortheilhafter sey, als die Meinung der entgegengesetzten Majorität, (vota minoris partis saniora esse) kann weder die Ausführung des durch die Mehrheit der Stimmen gefaßten Schlusses hindern, noch die Minorität berechtigen, das durch die Stimmen des grössern Theils beliebte, als von ihnen nicht beliebt, nicht zu beobachten [6]). Denn

4) Riccius a. a. O. II. Buch. 6. Hauptst. §. 3. S. 406.

5) *L. 19. D. ad municipal. L. 160. §. 1. D. de Reg. Iuris.*

6) REINHARTH select. Observat. ad Christinaei decis. Vol. I. Observat. 9. In Religions- und solchen Sachen, welche iura singulorum betreffen, überwiegt jedoch die Mehrheit der Stimmen

Denn nicht zu gedenken, daß es schwer zu beurtheilen, noch schwerer aber zu beweisen ist, quae vota saniora sint, so hat doch immer im Zweifel der grössere Theil die Vermuthung für sich [7]). Sollte es an einem oder dem andern der oben angeführten Erfordernisse ermangeln, so verbinden solche Statuten nur allenfalls diejenigen, welche darein gewilliget haben, die nicht convocirten Mitglieder aber sind daran nicht gebunden, gesetzt auch, daß des Oberherrn Bestätigung dazu gekommen wäre [8]).

§. 92.

In welchen Fällen ist die landesherrliche Bestätigung zur Gültigkeit der Statuten erforderlich?

Statuten, welche auf die im vorigen Paragraph beschriebene Art errichtet worden, und nur die Gemeindeglieder vertragsweise verbinden, bedürfen eigentlich an und für sich so wenig, als Verträge, der landesherrlichen Bestätigung zu ihrer Gültigkeit. Nichts destoweniger aber ist dennoch jede im Staate erlaubte Gesellschaft auch in Ansehung ihrer Vertragsstatuten der oberaufsehenden Gewalt des Landesherrn unterworfen. Vermöge dieser Unterwürfigkeit sind daher Gemeinheiten schuldig, ihre Statuten der landesherrlichen Einsicht erforderlichen Falls vorzulegen, um zu sehen, ob dieselben auch etwas, das den Rechten des Landesherrn und

men des grössern Theils den kleinern nicht. *Instrum. Pac. Osnabr. Art. V. §. 9. et 52. Cap. 29. de R. I. in 6to.* S. WESTPHAL Tr. de iure singulorum. Halae 1757.

7) REINHARTH ad Christinaeum. Vol. I. Obs. 39. n. 7.

8) a WERNHER sel. Obs. for. P. IX. Obs. 145. n. 2. LEYSER Spec. XII. med. 1. RICCIUS a. a. O. §. 3. pag. 406.

und dem gemeinen Wesen nachtheilig ist, enthalten. Ohne landesherrliche Confirmation gelten indes Statuten nur als Verträge [9]). Sollen sie daher eine gesetzliche Auctorität bekommen, und auch in Ansehung anderer gelten und verbinden, die eigentlich keine Mitglieder der Gemeinheit sind; so ist die oberherrliche Bestätigung schlechterdings erforderlich [10]). Diese ist aber auch sodann nöthig, wenn durch dieselben etwas abgeändert werden soll, was in den Gesetzen durchaus und schlechterdings geboten oder verboten ist [11]); oder wenn ein gewisses Reichs- oder Landesgesetz vor-

9) Eben dieses gilt auch von den Statuten der landsässigen Städte. S. RICCIUS a. a. O. 2. Buch. 6. Hauptst. §. 2. Und in so weit hat LEYSER spec. VIII. med. 2 — 6. recht, wenn er den Städten dieß Befugniß, auch ohne besondere landesherrliche Concession und Confirmation Statuten zu machen, gestatten will. Denn die von ihm angeführten Gründe passen blos auf conventional Statuten. Mit diesen dürfen aber nicht eigentliche Stadtgesetze verwechselt werden; solche erfordern allemal die landesherrliche Concession oder Confirmation, denn an sich steht den landsässigen Städten keine Macht, Gesetze zu geben, zu. S. Hofr. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrechte. 1. Th. N. V. S. 61. u. folg. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. X. med. 2. seqq. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 1. Th. S. 433. Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 1. Band. §. 51.

10) S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 131. Struben rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 62. z. B. wenn Fremde durch das Statut vom Gebrauch eines gemein zuständigen Rechts ausgeschlossen werden sollen. LYNCKER Resp. II. 24. von Cramer Nebenstunden P. LXXIX. N. V.

11) Ohne landesherrliche Confirmation haben dergleichen Statuten nicht einmal die Kraft eines gültigen Vertrags. S. REINHARTH ad Christinaeum. Vol. II. Obs. 8. pag. 11.

vorhanden ist, vermöge dessen die Statuten einer gewissen Gemeinheit anders nicht gültig seyn sollen, als wenn sie von der Landes- oder wenigstens der dazu berechtigten Orts-obrigkeit bestätiget worden sind [12]). Daß die Bestätigung ausdrücklich geschehe, ist nicht in jedem Falle erforderlich, es kann dieselbe auch stillschweigend ertheilt werden [13]); in welchem Falle Statuten die Natur ungeschriebener Gesetze haben, insofern die Erfordernisse rechtlicher Gewohnheiten vorhanden sind [14]).

Zuletzt bemerkt unser Autor noch, daß Statuten auf gewisse Art auch ausser dem Territorium desjenigen Landesherrn, von welchem sie genehmigt worden sind, ihre rechtliche Wirkung äussern können. Wie fern dieses wahr ist, muß aus den Grundsätzen beurtheilt werden, die ich schon oben in dem Titel de origine iuris §. 74. u. folgg. von der Collision teutscher Particulargesetze vorgetragen habe. Aus diesen ergiebt sich,

I) daß Statuten, welche blos den Zustand einer Person, und die davon abhängende Fähigkeit oder Unfähigkeit zu contrahiren und zu disponiren, bestimmen, auch ausser

12) Ein Beyspiel davon giebt uns der Reichsschluß wegen der Handwerksmißbräuche vom Jahr 1731. §. 1. vermöge welchen Handwerksartikel ohne Confirmation schlechterdings nicht gelten sollen.

13) *Lud.* MENCKEN Diss. de statutor. confirmator. auctoritate. BREUNING de iure statutor. non confirmator. Frick Grundsätze des Rechts der Handwerker §. 11.

14) HARTLEBEN Spec. X. med. 4. pag. 179. Uebrigens ist hier vorzüglich nachzusehen MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Obs. 22.

ausser Landes gelten. Denn diejenige Qualität, welche die Gesetze des Domiciliums einer Person geben, ist überall geltend, so lange dieselbe ihren Wohnsitz nicht verändert, sie bedient sich also auch allenthalben der davon abhangenden Rechte. Man pflegt dergleichen Statuten *statuta personalia* zu nennen. Wer also nach den Statuten seines Wohnorts eine Infamie contrahirt hat, oder für Mündig oder Unmündig zu halten, trägt diese Eigenschaft überall an sich. Es kann auch die den Bürgern und Einwohnern eines Orts nach ihren Statuten anklebende Qualität in einem fremden Lande sogar in Ansehung der daselbst gelegenen Güter wirken, insofern nämlich derselben kein eigenes Statut daselbst entgegensteht. Z. B. wenn ein Sohn oder Tochter nach den Statuten ihres Wohnorts sui iuris worden, so genießt derselben Vater nicht weiter die Nutzung ihres Vermögens, auch nicht einmal in Ansehung der unter einer fremden Landesobrigkeit gelegenen Güter [15]).

II) Wenn Statuten aber nur lediglich die Güter der Gemeindeglieder betreffen, ohne Rücksicht auf die Person ihrer Besitzer (*Statuta realia*), so haben solche zwar insofern, als sie ihre gesetzliche Auctorität von demjenigen Landesherrn erhalten haben, in dessen Lande die Eigenthümer derselben wohnen, in Ansehung der ausserhalb Landes gelegenen unbeweglichen Güter solcher Unterthanen keine Wirkung; der Unterthan wird daher unstreitig seine ausser Landes gelegene Güter unverletzt behalten, wenn derselbe auch

15) RICCIUS a. a. O. 2. Buch. 14. Hauptst. *Io. Sam. Frid.* BOEHMER Diss. de efficacia statuti personalis extra territorium. Frsti 1756. Einer andern Meinung ist VOET ad Dig. Lib. I. Tit. IV. P. 2. §. 5. seqq.

auch nach dem statutarischen Recht seines Wohnorts sein Vermögen, wegen begangenen Delicts, verwirkt haben sollte [16]); auch wenn statuta domicilii die Clausel enthielten: die Güter mögen liegen, wo sie wollen, so sind sie dennoch ausser Landes ohne Wirkung, und kann hierdurch den Statuten des Orts, wo diese Güter liegen, nicht derogiret werden [17]). Allein wenn solche Realstatuten von der Obrigkeit desjenigen Landes ihre legale Auctorität erhalten haben, wo die Güter, welche sie betreffen, liegen, so müssen auch Auswärtige (forenses), denen diese Güter zugehören, sich nach denselben richten; insofern von deren Erwerbung, Veräusserung, Verpfändung, Freiheit oder Belästigung u. dgl. die Rede ist [18]). Endlich

III)

16) RICCIUS a. a. O. II. Buch. 16. Hauptst. §. IX. S. 553.

17) RICCIUS a. a. O. §. VII. S. 551. Wären freylich in loco rei sitae keine entgegenstehenden Statuten vorhanden, so würden sich ohne Zweifel die statuta domicilii realia auch auf die ausser Landes gelegenen Güter der Einwohner erstrecken. Z. B. wenn nach den Statuten des Wohnorts eine allgemeine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten eingeführt ist, so erstreckt sich diese auch auf die ausser Landes gelegenen Güter derselben. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iuribus et obligationibus coniugis superstitis ex communione bonor. universali. §. 10. HOFACKER T. I. §. 143.

18) *Henr.* HILDEBRAND Disp. de obligatione forensium ex iure statutario. Altorf. 1698. *Io. Frid.* KAYSER Disquis. de obligatione et valore statuti intuitu forensium. Giessae 1746. (Der Autor hat den Titel dieser Schrift unrichtig angegeben) und besonders *Christ. Th.* ROEMER Diss. de efficacia statutorum in res extra territorium sitas, praes. *Car. Christoph.* HOFACKER. Tubingae 1778.

III) wenn die Statuten eines Orts den rechtlichen Geschäften eine gewisse Form vorschreiben, dergleichen man *statuta mixta* zu nennen pflegt, oder sonst eine Handlung für erlaubt und gültig erklären, so gelten selbige in sofern auch ausser Landes, daß dergleichen Handlungen, die in Gemäßheit derselben an dem Orte vorgenommen worden sind, auch **auswärts** für gültig und rechtsbeständig angesehen werden müssen, in soweit ihnen nämlich an dem Orte, wo die Güter liegen, über welche dadurch zugleich disponirt worden ist, kein solches Gesetz entgegen stehet, mit welchem die getroffene Disposition durchaus nicht bestehen kann [19].

§. 93.

Von der Aufhebung positiver Gesetze.

Positive Gesetze können auf mancherley Art, und aus verschiedenen Ursachen ihre Kraft verliehren. Hiervon muß nun noch kürzlich gehandelt werden.

I) Kann der Gesetzgeber selbst entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklären, daß das Gesetz nicht mehr gelten soll. Denn von seinem Willen hängt die Gültigkeit desselben ab; und wenn auch dem Gesetz die Clausel: **daß es auf immer gelten, und nie wieder geändert oder gar aufgehoben werden solle,** wäre angehängt worden [20]; so kann doch dadurch die Macht

19) RICCIUS a. a. O. 2. Buch. 15. Kap. §. 2. **Pütter** auserlesene Rechtsfälle. 3. Bandes 1. Th. S. 80. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. pag. 115.

20) Wir finden auch in verschiedenen römischen Gesetzen dergleichen Clausel. Z. B. in der *L. 6. C. de sec. nupt.* Hac edicta-

Macht des Gesetzgebers im mindesten nicht eingeschränkt werden, insofern er nicht etwa vermittelst eines Vertrages solches versprochen hätte [21]). Der Gesetzgeber hebt nun entweder das ganze Gesetz schlechthin auf, dies heißt in der Sprache der Gesetze, *lex abrogatur*; oder er verordnet etwas anders, das einem vorhergehenden Gesetz gerade entgegen ist, — *legi obrogatur*; oder es wird ein vorhergehendes Gesetz durch ein nachher erfolgtes neues Gesetz nur in einem gewissen Puncte abgeändert, — *legi derogatur* seu *exrogatur*; oder es wird einem Gesetze noch etwas neues hinzugefügt, und solches mit einem neuen Anhang vermehrt, — *legi subrogatur* [22]). Wenn nun gleich der Regel nach das neuere Gesetz das ältere aufhebt [23]); so leidet doch diese Regel alsdann unstreitig eine Ausnahme, wenn das ältere Gesetz ein **besonderes Gesetz**, Statut, oder Privilegium ist [24]); weil im

edictali Lege in perpetuum valitura sancimus etc. Unter den teutschen Reichsgesetzen giebt uns die **güldene Bulle** ein Beyspiel. Eine solche Clausel ist immer unter der Bedingung: rebus sic stantibus, zu verstehen. S. **Mosers** Betrachtungen über K. Josephs II. Wahlcapitulation Art. 2. §. 4. Not. 9.

21) S. *Io. Nic.* HERTII Diss. de lege, clausula, ut ne abrogari unquam possit, munita. in *Opusc.* Vol. I. Tom. 3. pag. 1 — 23. und GERSTLACHER Corp. iur. germ. T. I. pag. 58.

22) ULPIANUS *Fragm.* Tit. I. §. 3. bey SCHULTING in Iurispr. Antejust. pag. 563. *L.* 102. *D. de V. S.*

23) *L. fin. D. de constitut. Princip.*

24) Richtig sagt BOEHMER Introd. in ius Digestor. Tit. de Iust. et Iure §. 6. n. 4. *Leges posteriores* GENERALES *non semper mutare illa, quae antea* IURE SPECIALI *disposita, sed inde* ex-

im Zweifel nie zu vermuthen, daß der Gesetzgeber jene besondere Verordnung habe aufheben wollen, wenn er solches nicht deutlich erkläret hat [25]). Es wird also in diesem Falle die neuere gemeine, und die ältere besondere Verordnung nach eben dem Verhältnisse, wie Regel und Ausnahme, zu beurtheilen seyn. (S. 415.)

Auch durch den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers kann ein Gesetz seine Gültigkeit verlieren, indem derselbe eine dem Gesetz entgegenstehende Gewohnheit aufkommen lässet. Daß durch ein Gewohnheitsrecht ein älteres Gesetz aufgehoben werden könne, hat überhaupt keinen Zweifel, denn eine legale Gewohnheit hat mit einem geschriebenen Gesetz gleiche Kraft und Wirkung. (S. 492.) So gut als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben so gut

 kann

exceptionem capere. Eben dieses erläutert Papinian *L.* 41. *D. de poenis* durch ein sehr treffendes Beyspiel, und gründet sich dabey auf die Regel der *L.* 80. *D. de R. I.* In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est; welche *I. B.* D'ANTOINE in dem eleganten, nur wenigen bekannten, Werk: Les Regles du Droit civil, traduites en francois avec des explications et de commentaire sur chaque regle *a Lion* 1710. auf folgende Art ganz richtig übersetzt: *c'est une maxime generale en Droit, que l'espece deroge au genre, d'ou il arrive, que les dispositions speciales font des restrictions et des exceptions aux generales.* Man sehe übrigens *Lud. God.* MADIHN Opusc. I. vicissit. substit. exemplar. eiusq. veram indol. continens. (*Halae* 1775. 4.) §. 15. und HARTLEBEN Spec. X. medit. 10.

25) *Cap.* 1. *de constitut. in 6to.*

kann dies auch durch eine Gewohnheit geschehen. Es bestätigen dieses auch deutliche Gesetzstellen [26]), und nie würde wohl deshalb ein Zweifel entstanden seyn, wenn nicht die Mißdeutung eines gewissen Gesetzes im Justinianeischen Codex eine Veranlassung dazu gegeben hätte. Es ist die *L. 2. C. quae sit longa consuet.* welche folgendergestalt lautet:

Imp. CONTANTINUS A. ad *Proculum.*

Consuetudinis usus que longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

Ich will mich nicht auf die verschiedenen Erklärungen der Rechtsgelehrten einlassen, sondern meine Leser deshalb auf die unten angezeigten Schriften verweisen [27]). So viel ist aber gewiß, daß jenes Gesetz unserer obigen Behauptung keinesweges zuwider sey. Die L. 2. ist ein kaiserliches Rescript, also auf eine ergangene Anfrage, ohne Zweifel eben desjenigen Proculus, erlassen

26) §. 11. *I. de iur. nat. gent. et civ.* ***L.*** 32. ***§.*** 1. ***D. de LL.***

27) S. *Gregor.* LOPEZ MADERA Animadverf. iur. civ. cap. 5; *Ludov.* VITALIS variar. lection. Lib. II. c. 28. *Pet.* FABER Semestr. Lib. III. c. 22. DONELLUS Commentar. iur. civ. lib. I. c 10. *M.* LYCKLAMA *à* NYHOLT Membranar. Lib. I. Eclog. 11. NOODT Comm. ad Digesta h. t. T. II. Opp. p. 16. *Iof.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. c. 1. *Iof.* FINESTRES Hermogenian. Lib. I. pag. 215. *Fr. Car.* CONRADI Diff. de consuetudine legem haud vincente. Helmst. 1745. *Henr. God.* BAUER Diff. de conciliatione L. 32. D. de LL. et L. 2. C. quae sit longa consuet. Lips. 1761. und AYRER Progr. de consuetudine legem vincente. Goett. 1764.

lassen worden, an welchen das Rescript gerichtet ist. Man muthmasset, dieser **Proculus**, Proconsul Africae, auch wohl vielleicht selbst noch Heyde, habe bey der Gelegenheit, da er vom K. **Constantin** einige mandata erhalten, worinn derselbe manches in der alten Religion der Römer reformirt, und das Volk sich auf altes Herkommen und Gebrauch berufen, deshalb Bericht an den Kaiser erstattet, vielleicht in dem Tone, in welchem **Symmachus**, auch zu Gunsten der heidnischen Religion, an die Kaiser **Valentinian**, **Theodosius** und **Arcadius** schrieb [28]). Ist dieses richtig, so war hier gar nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere rechtliche Gewohnheit aufgehoben werden könne? sondern von dem umgekehrten Falle die Rede. Der Sinn des Rescripts ist also vielmehr dieser; wenn gleich sonst eine alte Gewohnheit ein nicht geringes Ansehen behauptet, so ist doch dieselbe nicht von solchem Gewichte, daß sie gegen die Vernunft, und die gesetzliche Sanction etwas gelten könne, wodurch jene Gewohnheit, als vernunftwidrig, ist aufgehoben worden [29]).

 II) Zu-

28) *Lib. X. Ep. 61.* Dieß ist die Muthmassung des *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pandect. h. t. welche auch HEINECCIUS in Pandect. h. t. §. 105. not. annimmt; und schon vorher *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de longa Consuet. behauptet hatte.

29) S. AVERANIUS c. l. KEMMERICH de probat. Consuetud. Sect. I. §. XIII. not. c. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 58. am Ende. Viele Rechtsgelehrten glauben indessen, daß die *L. 2. C. quae sit longa consuet.* der L. 32. D. h. t.

II) Zuweilen können positive Gesetze selbst aus Nothwendigkeit ihre Gültigkeit verlieren, wenn nämlich die Umstände sich gänzlich geändert haben, unter welchen ein gewisses Gesetz gegeben worden ist, so daß es nun schlechterdings keine Anwendung mehr finden kann[30]. Denn so gewiß es ist, daß das System eines Staats und die Sitten eines Volks auf die Gesetzgebung selbst einen wichtigen Einfluß haben, so gewiß ist es auch, daß die Veränderungen des Staatssystems und der Sitten eine Veränderung der Gesetze nach sich ziehen müssen[31]. Gesetze können daher nicht mehr gelten

1) wenn

D. h. t. derogire, und legen ihr den Sinn bey, daß in einer Monarchie geschriebene Gesetze durch Gewohnheiten nicht aufgehoben werden könnten. S. VOET h. t. § 37. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 14. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. h. In den Preußischen Staaten ist dieser Grundsatz allerdings festgestellt, daß schon vorhandene Gesetze durch Gewohnheiten nicht wieder aufgehoben werden können. S. Gesetzbuch für die Preuß. Staaten Einl. §. 64.

30) Joh. Heinr. Eberhards Abhandlung von der Clausula rebus sic stantibus, und besonders von deren Anwendung auf die teutschen Reichsgesetze; in desselben Beyträgen zur Erläuterung der teutschen Rechte. 1. Th. N. I. VOORDA Interpret. et Emendat. Lib. I. c. 1.

31) Vortreflich philosophirt hierüber Sextus Caecilius beym GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. c. 1. — *Non profecto ignoras*, so sagt dieser röm. Jurist, *legum opportunitates, et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti: neque uno statu consistere, quin, ut facies coeli ac maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus, varientur.* Man vergleiche hier auch *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de caussis, vim et auctoritatem legum minuentibus. *Vitemb.* 1778.

1) wenn der Gegenstand, nämlich die Personen oder Sachen, von denen dieselben reden, jetzt nicht mehr vorhanden sind; oder

2) diejenige wesentliche Eigenschaft der Person oder Sache, von welcher das Gesetz redet, und worauf die Sanction desselben, als ihrem Hauptgrunde, beruhet, verändert worden ist. Gleichwie denn auch

3) keinem Zweifel unterworfen, daß wenn der Hauptzweck eines Gesetzes aufhört, nothwendig auch dessen Verbindlichkeit ein Ende haben müsse. Auf den Nebenzweck, ohne welchen die Gültigkeit des Gesetzes doch bestehen kann, darf also keine Rücksicht genommen werden. Ueberhaupt ist zu bemerken: wenn und insoferne auch bey veränderten Umständen das Gesetz doch noch angewendet werden kann, so bleibt es insofern gültig[32]). Man vergleiche hierbey, was oben in dem Tit. *de origine iuris* §. 58. von dem heutigen Gebrauche des römischen Rechts gesagt worden ist; die daselbst angeführten Beyspiele können auch hier zur Erläuterung dienen.

Zuletzt bemerkt unser Autor noch, daß durch den blosen Nichtgebrauch ein Gesetz seine Kraft und Gültigkeit keinesweges verliehre. Dieß hat insofern allerdings seine Richtigkeit, als bis jetzt noch keine Gelegenheit gewesen ist, das Gesetz zur Anwendung zu bringen. Gesetzt also, daß auch in hundert und mehrern Jahren kein solcher Fall vorgekommen, wovon das Gesetz redet, so kann dieß der Gültigkeit des Gesetzes nichts benehmen, weil es seine

32) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 88.

verbindliche Kraft durch die Promulgation, nicht aber durch die Beobachtung erhält [33]). Wäre jedoch bey vorkommenden Fällen ein gewisses Gesetz schon lange nicht mehr in den Gerichten befolget worden, da doch genugsame Gelegenheit zur Anwendung desselben vorhanden gewesen, und der Gesetzgeber hätte diesen Nichtgebrauch geschehen lassen, ohne auf die Beobachtung des Gesetzes zu dringen, so kann durch eine solche Entwöhnung ein Gesetz allerdings aufgehoben werden, nur muß freylich der usus fori contrarius so beschaffen seyn, daß daraus eine legale Gewohnheit entstehen kann, und insonderheit die specielle Einwilligung des Gesetzgebers erwiesen werden können. Unter dieser Voraussetzung können auch sogar Strafgesetze per desuetudinem ihre Gültigkeit verlieren [34]). Ist nur in aussergerichtlichen Fällen kein Gebrauch von einem Gesetz gemacht worden, so kommt es darauf an, ob dasselbe ein bloses Permissiv-Gesetz ist, und daher nur darum kein Gebrauch davon gemacht worden, weil die Unterthanen in vorkommenden Fällen sich ihres rechtlichen Faveurs begeben haben, welchen das Gesetz ihnen angedeihen läßt; oder es ist von einem gebietenden oder verbietenden Zwangsgesetz die Rede. Im ersten Falle kann durch einen solchen willkührlichen Nichtgebrauch ein Gesetz darum nicht aufgehoben werden, weil jeder Unterthan sich seiner Rechte nur blos insofern, als sie zu seinem Vortheil eingeführt sind, begeben, einem Dritten aber dadurch nicht präjudiciren kann. Im letztern Falle hingegen findet eine Derogation

33) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 21. *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decis. P. I. Resp. I. pag. 20.

34) §. 7. *I. de iniuriis.*

gation statt, nur müssen die actus civium contrarii so geeigenschaftet seyn, daß dadurch eine legale Gewohnheit begründet werden kann. Daß der Nichtgebrauch des Gesetzes durch gerichtliche Erkenntnisse in contradictorio müsse bestätiget worden seyn, wie Leyser [35]) und mit ihm die Gebrüder Becmann [36]) dafür halten wollen, ist nicht immer erforderlich, sondern nur dann nöthig, wenn die Disposition des Gesetzes so beschaffen ist, daß die Anwendung desselben gerichtliche Handlungen schlechterdings voraussetzt [37]). Man setze z. B. das Gesetz erfordere eine gerichtliche Bestätigung der Ehepacten, es wären aber mehrmalen sowohl unter Bürgern als Bauern Ehepacten ohne gerichtliche Confirmation geschlossen, jedoch darum nie anullirt worden, weil es nicht zum Proceß gekommen, so kann daraus kein observantia contraria hergeleitet werden.

35) Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 10.

36) Consil. et Decis. P. II. Dec. 48. n. 5. pag. 40.

37) HARTLEBEN. Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 14. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 139. und besonders MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Obs. 37.



Lib. I. Tit. IV.

De Constitutionibus Principum.

§. 94. u. 95.

Entwickelung der römischen und heutigen Begriffe von Constitutionen der Regenten.

Unter den so verschiedenen Gesetzgattungen der Römer zeichnet sich nun vorzüglich durch Reichhaltigkeit an Rechtsprincipien, welche durch dieselben eingeführt worden sind, diejenige aus, welche uns unter dem Namen *Constitutiones Principum* die Fragmente dieses Titels kennen lernen [38]). Die Römer legten diesen Namen denjenigen Verordnungen bey, welche die römischen Kaiser, als Oberhäupter des römischen Staats, vermöge der ihnen durch die Legem regiam übertragenen höchsten Staatsgewalt [39]), publi-

38) *Io.* STRAUCH Diss. de statutis a summo principe. Inter *Dissertat. academ.* n. 3. *Marq.* FREHER Orat. de constitutionum imperialium inter caeteras iuris civ. partes excellentia. Frfti 1672. *Ulr.* HUBER oder *Andr.* BRUCE de Constitutionib. Principum. Franeq. 1683.

39) Aus eben dieser Quelle leitet auch Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* die Gültigkeit der kaiserlichen Verordnungen her. *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum* LEGE REGIA, *quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* Es ist jedoch bekannt, daß die Urtheile der Gelehrten über die lex regia sehr verschieden sind. S. GRONOVIUS in Orat. de lege regia. Lugd. 1675. 8. SCHOCK Tr. de quadruplici lege regia. Frfti 1668. 8. *Leop.* METASTASIUS de lege regia seu tabula aenea capitolina, notis, anim-

publicirten, und welche bloß durch den Willen derselben, ohne besondere Beystimmung des Senats und Volks, ihre Unterthanen, als Gesetze, verbanden [40]. Solche Verordnungen publicirten nun die Kaiser entweder aus eigener Bewegung, oder auf das Verlangen ihrer Unterthanen; zur erstern Classe gehörten die kaiserlichen Edicte und Mandate; zur letztern aber die kaiserlichen Rescripte und Decrete.

Edicte wurden die allgemeinen kaiserlichen Verordnungen genennt, welche entweder alle Unterthanen des ganzen römischen Reichs, oder einen Theil derselben z. B. eine ganze Provinz angiengen [41]. Enthielten dieselben die Entscheidung

animadversionibus, et variis quaestionibus illustrata. Romae 1757. 4. *Petr. van* SPAN Spec. hist. iurid. de SCto de imperio Vespasiani apud Gruterum. T. II. p. 242. spurio. Lugd. Batavor. 1768. HUBER Digress. Iustin. Lib. I. c. 31. WESTENBERG in Div. Marco. Diss. II. c. 1. *van* WACHENDORF Diss. de principe LL. soluto Cap. II. *Christ. Dan.* BECK Diatr. de Lege regia Romanor. Lipsiae 1780. Eine Untersuchung über die lex regia findet man auch in Thom. Beyers Geschichte des röm. Staats und des röm. Rechts. 3. Buch. 6. Kap. wo zugleich D. Völkel in den Anmerkungen S. 264—272. nachzusehen ist.

40) *L. 2. §. 11. u. 12. D. de Orig. iuris.*

41) Diese werden daher auch *Leges edictales perpetuae*, oder *in perpetuum valiturae* genennt. *L. 6. C. de sec. nupt. L. 6. C. de div. rescript.* Zwar wollen verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, als ob die Edicte ehemals, falls sie die Kraft allgemeiner Gesetze haben sollten, durch ein Senatusconsultum hätten bestätiget werden müssen. S. FABER Semestr. Lib. I. c. 25. BACH hist. Iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. IV. §. 6. u. a. m. Allein

scheidung einer streitigen Rechtsmeinung, so hiessen sie Decisionen, z. B. die 50 Decisionen des K. Justinians. Enthielten sie aber sonst ein neues Recht, so wurden sie im eigentlichen Verstande Edicte genennt.

Mandate waren kaiserliche Instructionen für Staatsbediente, besonders für die Gouverneurs der Provinzen, nach welchen sie ihr Amt verwalten mußten [42]).

Rescripte hiessen kaiserliche Antwortschreiben, welche auf die eingereichten Bittschriften, oder geschehene Anfragen und erstatteten Berichte solcher Unterthanen ergiengen, die sich in einem zweifelhaften Rechtsfalle, oder in einem andern Anliegen an den Monarchen gewendet hatten [43]). In solchen Rescripten entschieden die Kaiser die ihnen vorgetragenen Rechtsfragen insgemein nach den schon vorhandenen Gesetzen, welche sie nur erklärten und bestätigten. Man suche also darin nicht ohne hinlänglichen Grund eine correctorische Verordnung [44]). Diese Rescripte waren nun von dreyerley Art. 1) Solche, welche auf die Suppliken einzelner

Allein diese irrige Meinung hat Hr. Dir. Zepernick in Diatr. de iudicat. centumviral. §. XXII. not. i. hinter *Siccama* de iudic. centumvir. pag. 402. gründlich widerlegt.

42) *L. 6. §. 3. fin. D. de offic. Proconf. L. 19. pr. D. offic. Praef. Tit. Cod. de mandat. princip. Nov. 17.* S. *Car. Em.* VIZZANIUS de mandatis Principum. *Amstelod.* 1657. 4.

43) SCHULTING Orat. pro Rescriptis Imp. Rom. (in *Comment. Academ.* Halae edit. Vol. I. Diff. III. pag. 163. feqq.) und *Dav. Capel.* HUNTHUM Diff. de Rescriptis Princip. Rom. Leidae 1709. (in OELRICHS *Thes. Diff. Belgicar.* Vol. II. T. III. pag. 307. feqq.)

44) PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108.

zelner Privatpersonen erlassen wurden; diese hießen Rescripte im engern Verstande. Schrieben die Kaiser gleich selbst und mit eigner Hand die Resolution unter die Supplik, so wurden selbige *Adnotationes* oder *Subnotationes* [45]) genennt; andere hingegen, welche nur von dem kaiserlichen Cabinetssecretair (Promagister, Quaestor, Magister Scriniorum) ausgefertiget und unterschrieben wurden, hießen *rescripta simplicia* [46]). 2) Solche, die an Magistrats-

45) Die Kaiser selbst brauchen sehr häufig die Ausdrücke adnotatio manus nostrae *L.* 14. *C. Th. de cursu publ.* *L.* 52. *C. Th. de Haereticis. Nov. Valentiniani III. de homicidiis* beym RITTER T. VI. Cod. Theod. pag. 107. ferner adnotationis nostrae decretum. *L.* 1. *Cod. Iust. de precib. Imp. offerend.* Adnotatio sacra *L.* 41. *C. Th. de oper. public.* Auch kommen die Ausdrücke vor: dextra triumphalis *L. penult. C. Theod. de annon. Civic.* *L.* 13. *C. Iust. de Murileg.* dextra principalis, *L.* 21. 22. u. 23. *C. Th. de divers. offic.* Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDUS ad LL. 27. et 28. C. Th. de petition. (Tom. III. pag. 481. nach der Ritterschen Ausgabe.) *Ioach. von* DALE Diss. de Subscriptionib. Princip. Ienae rec. 1750. besonders aber *Ant.* ZIRARDINUS ad Impp. Theodosii Iun. et Valentiniani III. Novellas leges. pag. 236. seqq. vorzüglich pag. 241. u. 487. Die Kaiser bedienten sich zu ihrer Adnotation einer purpurrothen Dinte, welche in den Gesetzen derselben *sacrum encaustum* genennet wird. *L.* 6. *C. Iust. de div. Rescript.* In der Folge haben jedoch die Kaiser selten mehr selbst subnotirt, sondern das ganze Geschäft ihren magistris libellorum überlassen, wozu sie immer die berühmtesten Rechtsgelehrten anstellten. Man sehe hier vorzüglich PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 4. p. 34.

46) So werden in der *L.* 27. *Cod. Theod. de petition.* und *Novell. Valentin. de homicidiis* ausdrücklich Adnotationes und Rescripta simplicia unterschieden. S. *Iac.* GOTHO-

gistratspersonen auf deren erstattete Berichte ergiengen; diese wurden *Epistolae*[47]) genennt. Endlich 3) solche Rescripte, welche auf die Vorstellung einer ganzen Gemeinheit, einer Provinz, oder Stadt, oder eines andern Collegiums in einer öffentlichen Angelegenheit ergiengen; diese wurden *Sanctiones* oder *Iussiones pragmaticae*[48]) genennt.

Kaiserliche Decrete[49]) waren Urtheilssprüche und Entscheidungen streitiger Rechtshändel, welche die Kaiser in ihrem Tribunal (*Auditorium Principis*)[50]) nach vorhergegangener Unter-

THOFREDUS *ad d. L.* 27. und *Ian. a* COSTA ad Decretales pag. 26.

47) *L.* 13. *§.* 5. *D. de iure fisci. L.* 6. *§.* 3. *D. de off. Proconf.*

48) *L.* 7. *C. de diverf. rescript. iunct. L.* 15. *C. de proxim. sacr. scrin.* Ein Beyspiel findet sich in der *L.* 4. §. 5. *D. de offic. proconf.* Der Name kommt her von dem griechischen Wort πρᾶγμα, welches so viel als eine öffentliche Angelegenheit, eine Staatssache heißt. CICERO ad Attic. lib. 14. ep. 3. S. BOEHMER Diss. de sanction. pragmat. indole. (*Exerc. ad Dig. T. I.*)

49) THEOPHILUS in Paraphr. Institut. graeca ad §. 6. de I. N. G. et C. sagt: DECRETUM *est sententia Principis inter duas partes, de quarum ipse causa cognoscit, et iudicat, pronuntiata.* Bisweilen wird jedoch das Wort DECRETUM *Principis* im weitläuftigern Verstande für eine jede kaiserliche Verordnung genommen. *L.* 7. *pr. D. de I. et I. L.* 28. §. 2. *D. Ex quib. cauf. maior.* S. NOODT de pact. et Transact. Cap. XIX. ZEPERNICK de iudicat. Centumviral. §. XIX. beym SICCAMA pag. 378. seq.

50) So hieß der Ort, wo die an den Kaiser gebrachte Rechtssachen vorgenommen und entschieden wurden. *L.* 22. *pr. D. ad SCt. Trebell. L.* 18. *§.* 1. *D. de minorib.* L. 54. *D. de re*

Untersuchung [51]), und desfalls gemeinschaftlich mit ihren Gerichtsräthen und Beysitzern gepflogenen Erwägung in solchen Sachen publicirten, die entweder per modum appellationis, oder in der ersten Instanz an den Kaiser waren gebracht worden [52]). War der Proceß zum Endurtheil noch nicht

re iudic. L. 1. *§. fin. D. ne de statu defunctor.* L. 40. 44. 48. *C. Th. de appellat.* (Lib. XI. Tit. 30.) *L.* 3. 4. 5. *eod. de reparat.* (XI. 31.) Von diesem war das *Consistorium Principis*, der geheime Rath, oder Cabinetsrath der Kaiser verschieden, in welchem blos Staatsgeschäfte abgehandelt wurden. Man vergleiche die schöne und gelehrte Schrift des Hrn. D. *Christ. Gottl.* HAUBOLD de Consistorio Principum. *Lipsiae* 1788. Cap. III.

51) Dies erläutern die Worte Justinians; L. 12. *pr. C. de Legibus:* Si imperialis Maiestas causam cognitionaliter examinarit, et utrisque partibus cominus constitutis sententiam dixerit.

52) Lehrreiche Beyspiele von solchen kaiserlichen Decreten liefern uns die Fragmente, welche aus des IULII PAULI *libris Decretorum seu sententiarum in imperialibus cognitionibus prolatarum* in unsere Pandecten gekommen, und von *Abr.* WIELING in Iurisprud. Restitut. pag. 159. seqq. vollständig angeführt worden sind. Sie enthalten die Entscheidungen und Urtheilssprüche der Kaiser SEPTIMII SEVERI und ANTONINI CARACALLAE, in deren Tribunal Paulus selbst nebst andern sehr berühmten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit Beysitzer war. S. *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. pag. 364. und Cap. XIV. §. 5. pag. 517. Man sehe z. B. L. 38. *D. de minorib.* L. 8. *D. quod cum eo, qui in aliena potest.* L. 92. *D. de hered. instit.* u. L. 240. *D. de Verb. Signif.* welche zugleich einen Beweis geben, wie sehr oft selbst im kaiserlichen Tribunal über die Entscheidung streitiger Fälle disputiret worden ist, und wie freymüthig Paulus den Kaisern selbst ins Gesicht-

nicht reif, sondern kam es noch auf weitere Erörterung eines Punctes an, wovon die Entscheidung der Hauptsache abhieng, oder war sonst nur ein Nebenpunct des obschwebenden Rechtsstreits durch das kaiserliche Erkenntniß decidiret worden, so hieß ein solches Decret nur *Interlocutio Principis* [53]). Durch diese Begriffe erhalten nun die Worte Ulpians [54]) ihr Licht, wenn dieser sagt: *Quodcunque igitur Imperator per* EPISTOLAM *et* SUBSCRIPTIONEM *statuit, vel cognoscens* DECREVIT, *vel de plano* INTERLOCUTUS *est, vel* EDICTO *praecepit: legem esse constat. Hae sunt, quas vulgo* CONSTITUTIONES *appellamus.* Zuletzt muß ich noch einer Eintheilung der kaiserlichen Verordnungen gedenken, deren Ulpian [55]) in folgenden Worten Erwähnung thut: *Plane ex his quaedam sunt* PERSONALES, *nec ad exemplum trahuntur. Nam quod Princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit: personam non egreditur.* Diesem zu Folge waren also die Constitutiones Principum entweder *generales* oder *speciales s. personales* [56]). Erstere wurden diejenigen genennt, welche eine gemeine Regel für alle Unterthanen enthielten;

Gesicht widersprechen habe. S. ZEPERNICK Diatr. cit. §. XVI. beym SICCAMA pag. 365.

53) L. 1. § 1. *D. h. t.* — de plano interlocutus est. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 2. §. 9. hat sich ganz unrichtige Begriffe von kaiserlichen Decreten und Interlocutionen gemacht, welchen *Ioh. Casp.* HEIMBURG Progr. II. de Interlocutionibus Principum occas. L. 1. §. 1. D. de Constitut. Princ. Ienae 1739. gründlich widerlegt.

54) L. 1. *§. 1. D. h. t.*

55) *§. 2. cit.* L. 1. *h. t.*

56) *§. 6. in fin. I. de I. N. G. et Civ.*

ten; letztere hingegen, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift der Geſetze in Anſehung einzelner Perſonen machten; es ſey nun, daß entweder dieſe Ausnahme zu Gunſten derſelben und auf eine für ſie vortheilhafte Weiſe, (*conſtitutiones favorabiles*) oder auf eine gehäſſige Art gemacht worden, indem z. B. eine härtere Strafe in einem Falle dictiret wurde, als die Geſetze ſonſt in demſelben beſtimmt hatten (*conſtitutiones odioſae*) [57]). Aus dem Zuſammenhange der ganzen Stelle Ulpians ſieht man, daß er die oben gedachten Arten der kaiſerlichen Conſtitutionen und alſo auch die Reſcripta und Decreta Principum zu den generellen Conſtitutionen rechnet, dieſes ließ ſich jedoch vor Juſtinians Zeiten anders nicht annehmen, als wenn die

57) Sehr gut erläutert dieſe Eintheilung THEOPHILUS Paraphr. Inſtit. graeca ad §. 6. tit. de I. N. G. et C. — *Atque harum* (ſc Conſtitutionum) *quaedam ſunt* PERSONALES, *neque in exemplum trahi poſſunt: quia non hoc princeps voluerit: nam ſi cui Princeps ob egregia in rempublicam merita aliquid conceſſerit, veluti immunitatem a tributis aut vectigalibus, ac deinde alius quispiam non peius, aut etiam longe melius de Republica mercatur, is ex illa Lege conſimilem ſibi immunitatem vindicare non poterit: propterea, quod illa Lex intra certam perſonam conſiſtat. Sed et ſi cui aut graviorem, quam pro delicto, vel quam Lege cautum eſt, poenam irrogaverit, aut poenae gratiam fecerit, id ad conſequentiam non pertinet. Itaque nec ſi quis poſtea in idem delictum inciderit, aut ſimilem gratiam conſequetur, aut gravius, quam par eſt, in eum animadvertet. Quoniam intra perſonas eorum, quibus ſubventum eſt, vel auctum ſupplicium, ea ſiſtentur. Perſonales igitur Conſtitutiones perſonas eorum, de quibus emiſſae ſunt, non excedunt. Quae autem* GENERALES *ſunt, in omnes tum perſonas, tum res, valent, atque extenduntur.*

die Kaiser ihren Decreten oder Rescripten die clausulam Edicti inserirt hatten [58]), sonst machten sie nur ein Recht unter den Partheyen, wenn sie nicht etwa hernach durch die beständige Anwendung in ähnlichen Fällen die Kraft eines allgemeinen und beständigen Gewohnheitsrechts erhalten hatten [59]). Ich werde hiervon beym folgenden §. 96. noch etwas umständlicher zu handeln, Gelegenheit haben.

Heutiges Tages giebt es nun zwar auch eben so mancherley Gattungen landesherrlicher Verordnungen [60]), als es bey den Römern kaiserliche gab; inzwischen werden doch oft mit den römischen Benennungen ganz andere Begriffe verbunden. Ich werde dieses gleich näher zeigen. Unter einer landesherrlichen Verordnung versteht man heutiges Tages überhaupt nichts anders als die ausdrückliche Verfügung eines Landesherrn, wodurch derselbe in Ansehung seiner Unterthanen etwas festsetzt, was geschehen oder nicht geschehen soll. Eine solche Verordnung soll nun entweder nach der ersten und fürnehmsten Absicht des Landesherrn alle Unterthanen desselben angehen,

58) L. 2. et 3. *C. de Legib. et Constitut.* Einen vortreflichen Commentar über diese Stellen findet man in des Hrn. Dir. ZEPERNICK Diatr. de iudicat. centumviral. §. XX. beym SICCAMA pag. 384. feqq.

59) Man vergleiche *Henr.* BRENCKMANN Diatr. de Eurematicis. Cap. VII. Sect. II. §. XI. feqq. pag. 132. *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maxim. cap. 2. *Ant.* SCHULTING Orat. pro rescript. Princ. Rom. §. 4. und *van* WACHENDORF in Diatr. de principe legibus soluto. Cap. III. §. 3.

60) S. *Io. Christ.* KOCHII meditat. de constitut. Principum. Ienae 1754.

gehen, oder nicht. Im ersten Falle wird sie eine allgemeine, im zweyten aber eine besondere landesherrliche Verordnung genennt. Die allgemeinen landesherrlichen Verordnungen heißen heutiges Tages überhaupt Edicte, in einigen Ländern aber auch Mandate. Rescripte aber werden h. z. T. nicht nur die auf Veranlassung, z. B. auf vorhergehende Vorstellung eines Supplicanten, oder erstatteten Bericht eines Beamten, sondern auch die aus eigner Bewegung an gewisse Personen erlassene landesherrliche Verordnungen genennt [61]). Oft werden sogar unter Rescripten auch nur solche Schreiben verstanden, welche nach gewissen Curialien von einem Obercollegium an den Unterrichter in bürgerlichen oder peinlichen Justitzsachen zu des letztern Nachachtung ergehen; und diese sind entweder blose Schreiben um Berichterstattung (*rescripta informativa*) oder solche, welche auf Justitzbeschleunigung abzielen, (*promotorialia*) oder solche, wodurch eine Sache wegen Justitzverzögerung, oder wegen Verdachts einer Partheylichkeit aufgefordert wird, (*avocatoria*) u. d. m. [62]). Landesherrliche Rescripte aber werden in Gemäßheit des canonischen Rechts in Gnaden- (*rescripta gratiae*) und Justitzrescripte (*rescripta iustitiae*) eingetheilt, je nachdem dadurch vom Landesherrn entweder eine Gnade, z. B. eine Versorgung, oder Anwartschaft, oder eine Befreyung, oder sonst dergleichen ver-

61) Dieser heutige Begriff der Rescripte rührt aus dem canonischen Rechte her. Siehe Tit. Decretal. *de Rescriptis* (*Lib. I. T.* 3.) und *Cap.* 23. *de praebend. in 6to.* BOEHMER princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. IV. §. 225.

62) S. D. Just. Claproths Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, von Rescripten, und Berichten ꝛc. Göttingen 1783.

verliehen wird, oder aber in einer streitigen Rechtssache bestimmt wird, was nach dem ordentlichen Rechtslauf in derselben geschehen soll. Der Unterschied zwischen beyden Arten landesherrlicher Rescripte ist nach canonischen Rechten von grosser Wichtigkeit. Denn **Gnadenrescripte** erhalten ihre Wirkung gleich von dem Tage ihrer Ausfertigung (a tempore *datae*) an; **Justizrescripte** aber erst von der Zeit an, da sie dem Richter vorgezeigt worden sind (a tempore *insinuationis*) [63]). Und zwar sollen letztere nach der Vorschrift des canonischen Rechts längstens **innerhalb eines Jahres** von dem Impetranten vorgezeigt werden, nachdem derselbe Gelegenheit dazu bey dem Richter gehabt hat [64]). Ist solches aus Gefährde oder nur aus Nachlässigkeit unterlassen worden, so gilt das Rescript nichts mehr gegen ein neueres, welches der Gegner unterdessen ausgewirkt hat. Es versteht sich also, daß wenn kein gegen-

63) *Cap.* 7. *Cap.* 19. *X. de Rescript.* *C.* 9. *c.* 14 *eodem in 6to.* *c.* 7. *de Praebend. in 6to. cap.* 59. *X. de Appellat.* *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 4. §. 227. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 95. und **Eibel** Einleitung in das kathol. Kirchenrecht. IV. Th. I. B. 2. Hauptst. §. 256. Eine Ausnahme ist jedoch in Ansehung solcher Gnadenrescripte zu machen, welche zu ihrer Execution die Mitwirkung des Richters oder einer andern dazu authorisirten Person erfordern. Z. E. rescripta de providendo, de venia aetatis. u. d. Solche erhalten auch erst a tempore factae insinuationis ihre Wirkung. *Cap.* 38. *X. de Rescript.* *L.* 5. *C. de tempor. in int. restit.* S. BOEHMERI ius eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 3. §. 23.

64) *Cap.* 9. u. 23. *X. de rescript.* *Franc.* FLORENS ad Tit. Decretal. de Rescript. Tr. 3. Oper. Tom. I. pag. 101. **Eibel** a. a. O. §. 255.

gegenſeitiges anderes Reſcript erfolgt iſt, das erſtere auch noch nach einem Jahre ſeine Gültigkeit behalte [65]).

Die Benennung einer pragmatiſchen Sanction kommt heutiges Tages im römiſchen Sinn gar nicht mehr vor; ſondern man verſteht vielmehr darunter ein ſchriftlich errichtetes Staatsgrundgeſetz [66]). Auch fällt der Unterſchied zwiſchen Adnotationen und bloſen Reſcripten heut zu Tage von ſelbſt weg. Dagegen aber pflegen die an hohe Landescollegia oder andere Juſtizbeamte ergehende Reſcripte unterweilen Fürſtliche Ausſchreiben genennt zu werden.

Endlich Decrete können zwar auch noch heutiges Tages in der römiſchen Bedeutung vorkommen, nur dürfen nicht die Urtheilsſprüche der höchſten Juſtiz-Collegien damit verwechſelt werden. Denn zwiſchen dieſen und den Sentenzen oder Entſcheidungen des Landesherrn iſt ein groſſer Unterſchied. Was der Landesherr nach geſchehener Unterſuchung des vorgegangenen Rechtshandels ſelbſt entſcheidet, macht nicht blos ein Recht unter den Partheyen, ſondern wird auch für ähnliche Fälle ein Geſetz [67]). Allein dieſe geſetzgebende Gewalt ſteht ſelbſt den höchſten Juſtizcollegien im Lande nicht zu [68]). Landesherrliche Decrete

65) L. 2. *Cod. de diverſ. Reſcript.* S. FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. VIII. cap. 65. Jedoch iſt die Ausnahme, die L. 2. macht, *ſi modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non ſit comprehenſum*, nicht aus der Acht zu laſſen.

66) Man vergleiche BOEHMERI oben angeführte Diſſertat. Cap. II.

67) L. *fin. C. de Legib.*

68) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. 1. und 2.

müssen also nicht blos im Namen des Landesherrn abgefaßt, sondern von ihm selbst ertheilet, und unterschrieben worden seyn[69]). Indessen pflegen auch heutiges Tages nicht selten unter Decreten landesherrliche Befehle verstanden zu werden, wodurch Jemanden ein öffentliches Amt ertheilt wird.

§. 96.

Von der Verbindungskraft landesherrlicher Edicte, Decrete und Rescripte.

Was haben denn nun aber Edicte, Rescripte und Decrete der Regenten für ein Ansehen? Sind sie ohne Unterschied als allgemeine Gesetze zu betrachten? oder ist nicht wenigstens in Ansehung der Decrete und Rescripte eine Ausnahme zu machen? Man merke hier folgendes. Soviel

I) die landesherrlichen Edicte anbetrift, so sind diese ohnstreitig für alle Unterthanen verbindlich; insofern sie auf die gehörige Art bekannt gemacht worden sind. Der Grund hiervon ist nicht, wie der Autor meint, der, weil sie ein ganz neues Recht enthalten; nein; die Fälle sind ja nicht selten, daß unsere Landesherrn durch ihre Edicte nur schon vorhandene Gesetze bestätigen oder erläutern; sondern der wahre Grund der allgemeinen Verbindungskraft landesherrlicher Edicte liegt in dem Willen des Landesherrn selbst. Denn Edicte werden ja lediglich in dieser Absicht bekannt gemacht, daß sie alle Unterthanen des Gesetzgebers verbinden sollen. Auch nach

69) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 13.

nach römischen Rechten hat dieß so wenig Zweifel, daß sogar Verordnungen, welche sonst nur ein Recht unter den Partheyen machten, dadurch das Ansehen allgemeiner Gesetze erhielten, wenn denselben die clausula Edicti inserirt worden[70]. Was aber

II) die *Decreta Principum* anbelangt, so haben solche bey den Römern nicht immer einerley Wirkung gehabt. Denn vor **Justinians** Zeiten machten dieselben in der Regel nur ein Recht unter den streitenden Partheyen, wenn nicht die Kaiser ausdrücklich erklärt hatten, daß solche auch in ähnlichen Fällen zur Entscheidung dienen sollten. Hieraus läßt sich erklären, warum die römischen Rechtsgelehrten die kaiserlichen Decrete nur immer illustrationis caussa und zuletzt anzuführen pflegten, wenn sie ihren Satz oder Meinung schon genugsam durch andere, manchmal sehr weit und mühsam herbeygeholte Gründe, unterstützt zu haben glaubten[71]. Ja wir finden Beyspiele in den Pandecten, daß zuweilen die römischen Rechtsgelehrten Meinungen gehegt haben, die den ausdrücklichen kaiserlichen Decreten entgegen waren, und zwar mit solchem Effect, daß man selbst in den Gerichten jene Meinungen den Decreten der Kaiser vorgezogen hat[72]. Selbst die römischen Kaiser

70) L. 3. C. *de Legib. et Constit. et Edict.* Leges ut *generales* ab omnibus aequaliter in posterum observentur, quae vel missae a nobis ad venerabilem Coetum oratione conduntur, *vel inserto edicti vocabulo nuncupantur*; sive eas spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio, vel lis mota legis occasionem postulaverit.

71) L. 2. *D. de offic. Assessor.* L. 3. §. 5. *D. de liber. exhib.* L. 13. §. *ult. D. de Excusat.*

72) L. 28. *D. de inoff. testam.* L. 1. §. 14. *D. ad Leg. Falcid.*

ser vor Justinian wollten nicht, daß ihre Decrete als allgemeine Gesetze gelten sollten. Hiervon überzeugt uns die bekannte Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinianus [73]), in welcher es heißt: Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium, vel *consultatione* [74]) *in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus*, — nec generalia iura sint, sed *leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata* [75]). Gerade dasselbe müssen wir

III) aus den nämlichen Gründen auch von den kaiserlichen Rescripten vor Justinians Zeiten sagen. Es erhellet dieses auch vorzüglich aus einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius vom Jahr Christi 493 [76]), welche folgender Gestalt lautet: *Rescripta ad con-*

73) L. 2. *Cod. de Legib. et Constitut. Princip. et Edict.* Man vergleiche hier vorzüglich des H. Dir. ZEPERNICK Diatr. de iudicat. centumviral. §. XX. seqq.

74) Das Wort *Consultatio* erklärt *Iac.* GUTHERIUS de Offic. domus August. Lib. I. c. 28. durch eine kaiserliche Sentenz, welche nach dem Gutachten der kaiserlichen Räthe, und nach vorhergegangener Untersuchung der Sache abgefaßt worden; allein es kann auch darunter das Gutachten der kaiserlichen Räthe selbst verstanden werden, wornach das kaiserliche Decret abgefasset zu werden pflegte.

75) Eben dieses bestätigen auch die Worte der *L.* 3. *C. de* LL. — *interlocutionibus, quas in uno negotio iudicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune praeiudicantibus.*

76) *L.* 9. *Cod. Theod. de diversf. rescript.* (Lib. I. Tit. 2.) und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad eandem. T. I. pag. 25. *edit. Ritteri.*

conſultationem emiſſa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effuſa docebuntur. Daher läßt ſich erklären, warum die Kaiſer ſo oft eben daſſelbe reſcribirt haben [77]). Allein Juſtinian hat dieſes geändert, und in der *L.* 12. *Cod. de LL. et Conſtitut.* beyden den Decreten, wie den Reſcripten, ein allgemeines geſetzliches Anſehen beygelegt. Ich will nur einige Stellen aus dieſer Verordnung Juſtinians excerpiren. Gleich Anfangs heißt es: Si imperialis maieſtas cauſam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit: omnes omnino iudices, qui ſub noſtro imperio ſunt, ſciant, hanc eſſe legem non ſolum illi cauſae, pro qua producta eſt, ſed et omnibus ſimilibus. Quid enim maius, quid ſanctius Imperiali eſt maieſtate? vel quis tantae ſuperbiae faſtidio tumidus eſt, ut regalem ſenſum contemnat: cum et veteris iuris conditores conſtitutiones, quae ex imperiali decreto proceſſerunt, legis vim obtinere aperte dilucideque definiant [78])? Hier iſt nun zwar blos die

77) L. 29. *D. ad L. Cornel. de falſ.* *L.* 1. *C. in quib. cauſ. in int. reſtit.* *L.* 2. *C. de hered. tutor.* *L.* 26. *D. de pign. act.* Es iſt merkwürdig, was Kr. ALEXANDER an einen gewiſſen *Superus L.* 1. *C. Iuſt. de div. reſcript.* zu reſcribiren veranlaſſet wurde, daß das Reſcript, welches Supplikant mit ſeinem Bruder in cauſa communi erhalten, auf ſie beyde gehe, wenn es auch gleich nur an einen derſelben gerichtet worden. Eine ſolche Anfrage würde höchſt lächerlich geweſen ſeyn, wenn damalen die kaiſerlichen Reſcripte ſchon an ſich ein gemeines Recht gemacht hätten.

78) Dieſe Worte laſſen ſich mit den oben angeführten Gründen nicht zuſammen reimen. Allein man wundere ſich darüber nicht. Es

Rede von den kaiserlichen Decreten, allein daß Justinians Intention sich auch eben sowohl auf die Rescripte erstrecke, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten. Definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in *precibus*, sive in iudiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Sollten jedoch Decrete und Rescripte nach dieser Verordnung des K. Justinians eine allgemeine gesetzliche Verbindungskraft haben, so wird nach den ausdrücklichen Worten derselben erfordert, daß selbige eine zweifelhafte und streitige Rechtsfrage entscheiden müssen. Denn die eine blose quaestionem facti entscheiden, z. B. ob der Beweis für vollführt zu halten, welcher dem Kläger oder dem Beklagten aufgelegt worden? oder ob die ergriffene Appellation für desert zu erklären? können ihrer Natur nach die Wirkung eines gemeinen Rechts nicht hervorbringen [79]. So weit vom römischen Rechte; und ich glaube, durch den eingeschlagenen Weg der historischen Darstellung haben wir alle die Schwierigkeiten glücklich vermieden, die andere hierbey gefunden, welche zwischen der L. 2. 3. und 12 Cod. de Legibus eine Vereinigung zu treffen gemeinet haben [80]).

Die

Es ist nichts neues, daß Justinian zur Rechtfertigung und Empfehlung seiner Rechtsänderungen sich dergleichen Fictionen erlaubt habe. Beyspiele haben *Ant.* CONTIUS Lection. subcesivar. Lib. I. c. 9. *Hieron. de* OROZ de Apicib. iur. civil. Lib. V. cap. VII. n. 3. 4. seqq. und Hr. Dir. ZEPERNICK a. a. O. §. XXI. pag. 400. gesammlet.

79) S. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum. Vol. I. Obs. I. n. 10. 11. sqq.

80) Man vergleiche *Fr* BALDUINUS in Iustiniano Lib. II. p. 95. (edit. *Gundling.*) Ebenderselbe in Commentar. ad §. 6. I. de

Die Frage ist nur noch, ob jene Vorschrift des justinianeischen Rechts noch heutiges Tages anwendbar sey? Die Rechtsgelehrten sind deshalb nicht einerley Meinung. Huber [81]) scheint es zu verneinen; allein ohne einen überzeugenden Grund, wie schon Reinharth, der ihn gründlich widerlegt, gezeigt hat [82]). Nur aber ist freylich auch heutiges Tages immer die conditio sine qua non, daß das landesherrliche Rescript oder Decret, welches dem Richter in ähnlichen Fällen zur gesetzlichen Norm dienen soll, eine streitige Rechtsfrage entscheide, oder ein dunkeles und zweifelhaftes Gesetz erkläre, und dabey allen, wo nicht Unterthanen, doch wenigstens Richtern zur Nachachtung gehörig bekannt gemacht worden sey [83]). Fürstliche Machtsprüche hingegen kann man

de I. N. G. et Civ. ad verb. *Decreta.* *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Digest. h. t. §. 5. COCCEJI Iure Controv. h. t. Qu. 1. *Casp.* ZIEGLER in Dicastice Conclus. XXXVI. §. 19. 20. sqq.

81) a. a. O. §. fin. — *Quod eo plus hodiernis moribus habet evidentiae, quo magis constat, his diebus Principes — rebus iudicandis se dedere non solere, vel si his rebus se misceant, fere id eo comparatum esse, ut extra ordinem ignoscant, aut animadvertant, quod ad legis non valere consequentiam, ipsa iuris civilis regula dictat.* Eben dieß behauptet BOEHMER in Iur. Eccl. Prot. lib. I. Tit. 3. §. 22. von den heutigen landesherrlichen Rescripten. Man sehe auch LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. XII. Suppl. I. Spec. VII. medit. 22 et 23.

82) a. a. O. Obs. 2. pag. 3. seq.

83) Eben dieses erfordert auch Ziegler a. a. O. §. 23. pag. 665. am Ende, wo es heißt: *Non alia videtur esse ratio decisionum Principis, quas si legis habere vim debent, omnibus, si non subditis quibuscumque, saltem iudicibus inferioribus intimari*

man auch heutiges Tages so wenig als blose Gnadenrescripte in ähnlichen Fällen zum Muster annehmen [84]). Eben dieses findet statt, wenn der Landesherr, nicht als Gesetzgeber, sondern nur als oberster Richter seines Landes in einer an ihn gebrachten Proceßsache, nach vorhergegangener vollständigen Untersuchung derselben, ein Decret oder Rescript ertheilet hat, welches nach seinem Willen, und nach der Beschaffenheit der Sache, nur ein Recht unter den streitenden Partheyen machen soll [85]). Solche Decrete und Decisiv Rescripte werden alsdann, wie Urtheile angesehen, und können, wie diese, die Rechtskraft beschreiten [86]), dahero derjenigen Parthey, welche damit nicht zufrieden ist, obliegt, binnen zehen Tagen Vorstellung darwider zu thun, und dieserhalb ihre Nothdurft entweder

ri necesse est. Immo vero interest Reip. ut in omnium subditorum perveniant notitiam, cum litem saepe incepturus non sit, cuius ipse exitum sibi decisione principali divinare queat. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 1. not. w.

84) S. *Mart.* SCHRADER Tr. de sententiis Principum ex plenitudine potestatis latis. Allgemeines Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. Einleitung. §. 6.

85) Richtig sagt daher Ziegler a. a. O. §. 22. *Ubi Princeps non decernit* ANIMO FACIENDAE LEGIS, *sed ita interloquitur, ut ultra negotium, circa quod pronunciat, sententia non extendatur, facile exinde patet, alios, quos negotium istud non concernit, eo decreto non obligari. Ratio est, quia tum* NUDI IUDICIS *partes sustinet, non* LEGISLATORIS, *quae duo officia in Principe accurate distingui debent.*

86) *Dav. Gottl.* DIEZ Pr. de rescriptis Principum auctoritatem rei iudicatae habentibus. Lipsiae 1727. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit. §. 575.

weder bey dem Richter, an welchen das Decret oder Rescript ergangen ist, anzubringen, und um Berichterstattung an den Landesherrn zu bitten, oder sich mit ihrer Vorstellung unmittelbar an den Landesherrn selbst zu wenden[87]).

§. 97.

Form und Gültigkeit landesherrlicher Rescripte und Rechtsmittel gegen deren Erschleichung.

Sollen jedoch Rescripte gültig seyn, so wird hierzu folgendes erfordert.

I) Sie müssen entweder vom Landesherrn selbst unterschrieben, oder wenigstens auf dessen Befehl von einem Minister, oder dem Cabinets-Secretair unterzeichnet worden, und mit dem landesherrlichen Siegel versehen seyn[88]).

II) Sie müssen das Datum in der Unterschrift enthalten. Nach den Worten eines gewissen Gesetzes in dem Codex des Kaisers Justinian sollen zwar nur *beneficia personalia*, das heißt, Gnadenrescripte, sine die et Consule nicht gelten[89]). Allein auch bey Justizrescripten kommt sehr

87) S. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. §. 97. *b.* S. 60. u. ff. *Iust. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 3. §. 9.

88) *L. 3. L. 6. Cod. Iust. de divers. rescript.* Auch bey den Römern war der Fall nicht selten, daß nur der Geheimsecretair (Promagister) das Rescript Namens des Kaisers unterschrieb. S. PÜTTMANN *Probabil. iur. civ.* lib. II. cap. IV. pag. 34. et 35.

89) *L. 4. C. Iust. de div. rescript.* Diese Verordnung, welche von Constantin dem Grossen herrührt, ist jedoch vom Tribonian

sehr viel auf das Datum an, um zu beurtheilen, welches unter mehreren Rescripten dem andern vorgehe; andere Ursachen zu geschweigen, weshalb die Bemerkung der Zeit, wenn ein Rescript erlassen worden, in jedem Falle erforderlich ist [90]).

III) Dürfen Rescripte auch nicht dem öffentlichen Wohl des Staats, noch dem auf eine rechtmäßige Art schon erworbenen Rechte eines Andern zuwider seyn [91]). Der Landesherr kann daher nicht die Fortsetzung eines Streits, der schon durch einen rechtsgültigen Transact gehoben ist, durch ein Rescript erlauben [92]); oder Jemandem durch ein Rescript ein Recht ertheilen, was ihm schon durch ein rechtskräftiges Urtheil ist abgesprochen worden; es müßte denn etwa die Wohlfahrt des Staats solches erheischen. Denn wenn die Wohlfahrt des Ganzen mit dem Wohl eines einzelnen Bürgers in Collision kommt, so kann der Landesherr ohne Zweifel einer Privatperson auch ihre wohlerworbenen Rechte, jedoch nur unter Voraussetzung einer andern hinlänglichen Entschädigung, nehmen [93]). Endlich wird nun noch

IV) zur

bonian sehr interpolirt worden. Denn so wie sie im Theodosianischen Codex *Lib. I. Tit. I. L.* 1. lautet, geht sie auf alle, auch die allgemeinen Constitutionen. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad h. L. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 6. und POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. X. not. g. pag. 12.

90) S. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. WESTENBERG in Divo Marco Diss. II. cap. 2. §. 12.

91) *L. 6. Cod. si contra ius vel util. publ. L. 3. L. 7. Cod. de precib. Imp. offerend.*

92) L. 16. *Cod. de Transact.*

93) Schlettweins Rechte der Menschheit. (Gießen 1784.) S. 483. PÜTTER Institut. iur. publ. Lib. III. c. 1. §. 117.

IV) zur Gültigkeit der Rescripte nothwendig erfordert, daß in dem Bericht, oder der Supplik, wodurch das Rescript ist ausgewirkt worden, die Sache der Wahrheit gemäß dem Landesherrn müsse vorgetragen worden seyn. Denn in der vorausgegangenen Vorstellung liegt ja der Grund des ganzen Rescripts, sind nun also dem Landesherrn die wahren Umstände verschwiegen worden, so fällt der Grund des Rescripts weg, und folglich kann auch das Rescript selbst nicht gelten. Es muß sich also immer die Sache berichtetermassen verhalten. Hierin stimmen auch die römischen und canonischen Rechte mit einander überein [94], nur mit dem Unterschiede, daß ersteres [95]) die Einrückung der Clausel: si preces veritate nitantur, zur Gültigkeit eines jeden Rescripts verlangt, letzteres [96]) aber, wornach wir heutiges Tages gehen [97]), solche als eine stillschweigende Bedingung in einem jedem Rescript annimmt. Alle Rescripte sind also unter der Clausel zu verstehen: wenn die Sache sich wirklich so verhält, als sie dem Landesherrn vorgestellet worden ist; sie mag nun in dem Rescript ausdrücklich enthalten seyn oder nicht. Befindet sich die Sache anders, als dem Landesherrn von dem Impetranten vorgestellet worden ist, so wird das auf eine solche Art erhaltene Rescript ein heimlich erschlichenes genennt. Hierwieder kann sich

94) L. 7. C. *de div. rescript.* L. *pen. et ult.* C. *si contra ius vel. util. publ. c.* 2. 3. 8. 15. 17. 19. 20. 22. 26. *X. de rescript.*

95) L. 7. *pr.* C. *de div. rescript.*

96) *Cap.* 2. *X. de rescript.*

97) BOEHMER Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 3. §. 4.

sich der Impetrat, dem es zum Nachtheil gereicht, mit einer Einrede schützen, die nach dem Unterschiede der Fälle bald *exceptio subreptionis*, bald *exceptio obreptionis* heißt. Ist nämlich das Rescript durch Anführung falscher factischer Umstände erschlichen worden, so stehet demselben die Einrede der Subreption entgegen; ist es aber durch Verschweigung wahrer, zur Sache gehöriger Umstände veranlasset worden, so findet dagegen die Einrede der Obreption statt[98]). Unser V. behauptet mit dem seel. Kanzler Böhmer[99]) daß beyde Exceptionen in Ansehung des Beweises von einander unterschieden wären; nämlich die Einrede der Subreption dürfe nicht von dem Excipienten bewiesen werden, weil dieser verneine, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden, Wahrheit sey. Hier müsse also derjenige, welcher das Rescript ausgewirkt hat, beweisen, daß er die Sache der Wahrheit gemäß dem Fürsten vorgetragen habe. Man beruft sich auf die Regel: *in facti quaestionibus non neganti, sed affirmanti, incumbit probatio.* Bey der Obreption hingegen verhalte sich die Sache ganz anders. Diese müsse derjenige, der selbige zur Ausflucht vorschützt, allemahl beweisen, weil er etwas behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre wesentliche Umstände in der Sup-

98) Dies sind die gewöhnlichen Begriffe, die auch unser Autor für richtig hält, und welche in dem *cap.* 20. *X. de rescript.* ihren Grund haben. Andere erklären jedoch die Sache gerade umgekehrt. S. *Io. Volckm.* BECHMANN Diss. de sub. et obreptione Cap. I. Ueberhaupt sind die ältern Rechtslehrer zum Theil sehr unbestimmt hierüber.

99) *I. H.* BOEHMER in Iure Eccl. Protest. T. I. Tit. 3. §. 11.

Supplic vorsetzlich verschwiegen worden wären. Allein wenn auch gleich einige neuere Rechtsgelehrten [100]) diesen Unterschied annehmen; so ist doch solcher in den Gesetzen keinesweges gegründet, als welche vielmehr, wie schon andere [1]) richtiger eingesehen haben, die Sache lediglich dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen. Es gehört hierher die ganz deutliche Verordnung des jüngsten Reichsabschieds §. 80. wo es heißt: Ob aber dem Impetranten bey Decision der ganzen Sache seine Narrata gleich Anfangs zu verificiren, oder aber dem Impetrato sive reo, seine eingewendete Exceptiones sub et obreptionis, zu beweisen obliege? das lassen wir alles zur Ermässigung und Befindung des Richters, welcher nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen auch deren Umständen, daraus er sich informiren muß, ob nämlich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi aufzubinden sey, nach Bescheidenheit der Rechte zu urtheilen hat, anheim gestellt seyn. Diesemnach wird nun der Richter besonders auf folgende Umstände Rücksicht zu nehmen haben:

1) Ob

100) EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 226. not. c. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. 2. S. 63.

1) S. TAFINGER Institut. iurisprud. Cameralis Sect. IV. Tit. III. §. 909. und besonders *Car. Otto* GRAEBE *Disquisit.* de exceptionibus Sub et Obreptionis earumque probatione. Rinteln 1788. 4.

1) Ob das ergangene Rescript nur auf blose, oder auf bescheinigte Vorstellung, wie der jüngste R. A. [2]) erfordert, ertheilet worden sey? indem, wenn letzteres ist, die Sache des Impetranten so lange billig für richtig und vollständig angewendet werden muß, als nicht das Gegentheil vom Impetraten ist erwiesen worden.

2) Ob nicht solche besondere Umstände in facto vorhanden sind, welche die Sache des Impetranten verdächtig, die Exception des Impetraten aber wahrscheinlich machen. In welchem Falle sodann dem Impetranten, weil ihm die Vermuthung entgegenstehet, der Beweiß von dem Grunde des von ihm erhaltenen Rescripts aufzulegen seyn wird; wie die Herren Revisoren des Concepts der Cammer-Gerichts-Ordnung ebenfalls geurtheilet haben [3]). In Ermangelung solcher besonderer Umstände und Vermuthungen aber wird

3) der Richter im Zweifel die Beschwerde der Beweißführung dem Impetraten, er mag nun die Einrede der Sub-, oder Obreption dem Rescripte entgegensetzen, auflegen müssen. Denn einmal muß nach der allgemeinen Regel jeder Excipient seine Einreden beweisen, insofern sie, wie jene, auf Thatumständen beruhen [4]). Sodann hat der Excipient insgemein die Vermuthung wider sich, denn daß ein

2) §. 79. in den Worten: Alle Supplicanten sollen ihre Narrata zugleich etlichermaßen bescheinigen.

3) S. Hrn. GR. von Selchows Concepte der C. G. O. (Göttingen 1782.) Th. III. Tit. 42. S. 329. Not. x.

4) *L. 19. pr. D. de probat.*

ein Rescript durch Sub- oder Obreption erschlichen sey, wird im Zweifel nicht vermuthet [5]).

Uebrigens besteht die Wirkung dieser Einreden darin, daß die Vollziehung des Rescripts, wider welches dieselben vorgeschützet worden sind, bis zum Austrag der Sache ausgesetzt bleiben muß [6]). Nun steht es zwar dem Richter, an welchen das Rescript erlassen worden ist, allerdings zu, zu untersuchen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgestellet worden sey, oder nicht [7]); er muß sich jedoch hierin alles eigenmächtigen Erkenntnisses enthalten, und vielmehr nach geschehener Untersuchung nöthigen Bericht davon an den Landesherrn erstatten [8]). Der Landes-

5) *Exceptio quippe sub et obreptionis*, sagt Hr. Prof. GRAEBE in der oben angeführten schönen Schrift über diesen Gegenstand §. XV. am Ende, *continet opprobrationem mendacii et falsi, a qua suspicione impetrantem liberat praesumtio viri boni.* Man sehe auch GAIL. Observat. pract. Lib. I. obs. 14. n. 2. et 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 228. ZANGER Tract. de exceptionibus P. II. Cap. 17. nr. 18. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 115. Zuweilen kann jedoch vermuthet werden, daß ein Rescript erschlichen sey, wenn nämlich darin etwas verordnet wird, was dem ganzen Staat zum offenbaren Schaden gereicht. S. Höpfner im Commentar §. 45.

6) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XIII.

7) *L. 4. C. si contra ius. L. ult. C. eodem L. 7. C. de precib. imp. offerend. c. 2. X. de offic. et potest. iudic. deleg. c. 7. X. de fide instrum.* BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. 7. MEVIUS P. I. Decis. 143.

8) C. 5. u. 10. X. *de rescript.* MEVIUS P. II. Decis. 197. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 4. et 5.

desherr kann nun entweder selbst entscheiden, ob und in wiefern das Rescript für erschlichen zu halten, und daher aufzuheben sey, oder auch das Erkenntniß über die Gültigkeit des Rescripts dem Richter überlassen [9]). Daß der betrügerische Impetrant in einem solchen Falle auch zu den Kosten und Schadensersatz gehalten sey, hat keinen Zweifel [10]).

§. 98.

Von den besondern Constitutionen der Regenten, und Privilegien. Begrif und Unterschied zwischen Privilegien, Dispensationen und *iura singularia.*

Die speciellen Verordnungen der Regenten, von welchen unser Autor mit diesen §. zu handeln anfängt, sind nach dem oben davon angegebenen Begriffe von sehr verschiedener Art. Sie können

1) solche seyn, die nach der Absicht des Landesherrn nur für die Partheyen, die sich an denselben gewendet, und von ihm hierdurch eine Resolution oder Entscheidung erhalten haben, ein Recht machen sollen. Unter dieser Einschränkung gehören landesherrliche Rescripte und Decrete unstreitig zu den speciellen Constitutionen, wenn sie gleich sonst nach den neuern römischen und heutigen Rechten in der Regel auch für ähnliche Fälle als Gesetz gelten. (§. 96.)

2) Sol-

9) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XVI.

10) *Cap. fin. X. de rescript. c. 3. eodem in 6to. Clem. 1. h. t. L. 5. Cod. si contra ius vel utilit. publ.* BOEHMER a. a. O. §. XVII.

2) Solche, welche nach der Absicht des Landesherrn nur einzelnen Unterthanen, an welche sie deshalb ergangen sind, eine directe Verbindlichkeit auflegen. Diese können wieder von verschiedener Art seyn; je nachdem sie entweder nur eine Commission zur Ausrichtung eines dem Fürsten selbst betreffenden Geschäfts, oder einen ohne vorhergegangenen Bericht an ein Collegium oder sonst eine Magistratsperson erlassenen landesherrlichen Befehl in Sachen, welche ihre Amts- und Justizverwaltung betreffen, enthalten. Man pflegt die ersteren Fürstliche Ordres [11] (Epistalmata); letztere aber Mandate im eigentlichen Verstande, oder auch Rescripte in uneigentlicher Bedeutung, zu nennen. Endlich können specielle Constitutionen der Fürsten

3) auch solche seyn, welche eine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen. Diese werden Privilegien in ganz genereller oder uneigentlicher Bedeutung [12]) genennt. Fragt man jedoch, was ein Privi-

11) S. *I. H.* BOEHMERI Diss. de iure epistalmatis, von Fürstlicher Ordre. *Halae* 1725.

12) Unter den vielen Schriften über die Materie von Privilegien, wovon LIPENIUS in Biblioth. iur. SCHOTT in Supplement. h. v. und Pütters Litteratur des Staatsrechts. 3. Th. §. 1093. f. nachzusehen, will ich hier nur folgende anführen: *Ge. Acac.* ENENCKEL, Libri III. de Privilegiis iuris civilis. Francof. 1606. 4. *I. H.* BOEHMER diss. de finibus privilegiorum regundis. Halae 1736. (in *Exercit. ad Pand.* T. I.) *Ge. Christ.* GEBAUER singularia de privilegiis. Goett. 1749. (*Vol. I. Exerc. acad. N. XI.*) *Petr. de* TOULLIEU Diss. de Privilegiis, (in *Collectan. iur. civ.* Diss. XV.) und *Io. Ge. Frid.* WASMUTH Diss. de privilegiorum natura generatim, et in specie de modis,

legium im eigentlichen Verstande sey, so sind die Begriffe der Rechtsgelehrten hierin nicht übereinstimmend. Einige schränken den Begriff blos auf die persönlichen Privilegien ein, und halten Realprivilegien für ein nonens [13]). Andere stellen sich blos günstige Verordnungen darunter vor, wodurch der Regent einem gewissen Individuum eine fortdauernde Wohlthat ertheilet, von deren Genuß andere ausgeschlossen sind; und läugnen daher gänzlich, daß es sogenannte *privilegia odiosa* gebe, die dem Privilegirten zum Nachtheil gereichen könnten [14]). Die meisten Rechtsgelehrten aber bestimmen den Begriff vom Privilegium auf eine solche Art, daß auch privilegia realia, und odiosa als Gattungen darunter begriffen werden können, unterscheiden jedoch sehr genau **Privilegien im eigentlichen Verstande, Dispensationen** und *Iura singularia*; und diese Theorie halte ich für die richtigste [15]). Es wird jedoch nöthig seyn, zuförderst etwas über den Namen und die Bedeutung des Worts *Pri-*

modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. Diesen kann auch Moser von der Landeshoheit in Gnadensachen, beygefügt werden.

13) S. *Franc.* ALEF Diff. de figmento privilegiorum realium *Heidelb.* 1741. (in EIUS *Diebus academ.* Diff. VII. p. 240. seqq.)

14) So *Christoph. Gottl.* PAULI in der unter Joh. Gottl. Siegels Vorsitz gehaltenen Diff. de genuino privilegiorum conceptu. *Lips.* 1741. §. XV.

15) Man vergleiche ausser den Not. 12. angeführten Schriften HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XII. m. 1. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 3. §. 218. *P.* LANGHAIDER Diff. de multiplici privilegiorum significatione, eorumque notione genuina. Cap. 1.

Privilegium zu bemerken. Den Ursprung des Worts leiten die alten Grammatiker nicht unrichtig von *privus* und *lex* her; *privus* aber heißt soviel als singulus oder privatus, wie Nonius Marcellus[16]) und Aulus Gellius[17]) lehren; PRIVILEGIUM ist also nach seiner originellen Bedeutung soviel als *lex de privo* i. e. *de singulo homine seu privato lata*, wie Gebauer[18]) sehr ausführlich gezeigt hat. Dies war nun auch diejenige Bedeutung, in welcher das Wort privilegium in den ältesten Zeiten der Römer, zur Zeit des Freystaats, genommen wurde. Privilegien waren also ursprünglich blos persönlich, es waren Gesetze, wodurch in Ansehung eines einzelnen Bürgers etwas ausserordentliches verfügt wurde. In dieser Bedeutung waren Privilegien nach den zwölf Tafelgesetzen verboten[19]); denn in einem Freystaate, wo Gleichheit unter

16) II. 694. edit. *Gothofredi* p. 574.

17) *Noct. Attic. Lib. X. c.* 20. — Non sunt generalia iussa, (sc. *privilegia*) neque de universis civibus, sed *de singulis concepta:* quocirca PRIVILEGIA potius vocari debent, quia Veteres *priva* dixerunt, quae nos *singula* dicimus.

18) a. a. O. §. 1. u. 2.

19) Die Gesetze der zwölf Tafeln verordnen, *privilegia ne irroganto.* Cicero führt das Gesetz mehr als einmal an, man vergleiche Orat. *pro Domo* c. 17. *pro Sextio* c. 30. *de Legibus* c. 4. u. c. 19. Jedoch sind die Ausleger über den Sinn dieser Sanction nicht einig. Das Wort IRROGARE wird zwar eigentlich bey den römischen Classikern der freyen Republik in der Bedeutung genommen, daß es so viel heißt, als *populum lege rogare, ut aliquid iubeat, quod ad alterius incommodum pertinet.* Z. B. multam irrogare. CIC. *pro Domino* c. 22. ERNESTI in Clavi Ciceron. voce *irrogare.* Daher haben nicht wenige

unter den Bürgern erhalten werden muß, schien es eben so unschicklich zu seyn, einzelne Bürger durch Vorzüge und Freyheiten über die andern zu erheben, als Angeschuldigte auf eine mehr, als gewöhnliche Art zu strafen, zumahl da nach den Legibus sacratis der Römer über Leben und Tod eines Bürgers anders nicht als in den Centuriatcomitien geurtheilet werden sollte [20]. In den folgenden Zeiten

nige geglaubt, daß das Gesetz der XII. Tafeln blos von nachtheiligen Privilegien rede. S. MARCILIUS in Collect. et Interpret. leg. XII. Tab. p. 296. RITTERSHUSIUS in Dodecadelto s. Comment. ad XII. Tabb. LL. Class. II. c. 2. NOODT Commentar. in Digesta ad Tit. *de Legibus* T. II. Opp. pag. 11. u. a. m. Allein andere verstehen jenes Gesetz ganz allgemein von allen Privilegien, und diese Meinung kommt mit der Beschaffenheit einer republikanischen Staatsverfassung allerdings besser überein; und bekommt durch die Stelle des CICERO de LL. Lib. III. c. 19. ein nicht geringes Gewicht. S. RAEVARDUS lib. sing. de LL. XII. Tab. cap. 2. GOTHOFREDUS in Not. ad Tab. IX. pag. 229. *IV. Font. iur. civ.* denen auch Gebauer a. a. O. §. 6. u. 7. beypflichtet. Diese erklären sich das Wort IRROGARE durch *inducere in rempublicam, rogando populum*, wie Gebauer §. 8. der angef. Diss. sagt.

20) CICERO de Legibus Lib. III. c. 4. u. 19. verbindet beyde Gesetze mit einander. *Tum leges praeclarissimae de XII. Tabulis tralatae duae, quarum altera* PRIVILEGIA TOLLIT, *altera* DE CAPITE CIVIS ROMANI ROGARI, NISI MAXIMO COMITIATU, VETAT. An einem andern Ort schreibt er beyde den Legibus Sacratis zu *pro Domo* c. 17. und *pro Sextio* cap. 30. SIGONIUS de antiquo iure civium Rom. Lib. I. cap. 6. hält sie für capita derjenigen legum sacratarum, welche im Jahre der Erb Roms 260 auf dem von ihnen benannten Monte sacro wegen Einführung der Tribunen des gemeinen Volks gegeben worden sind. Allein ERNESTI Clavi Ciceron. in Indice Legum hält sie mit bessern

Zeiten haben die römischen Kaiser nicht nur häufig einzelnen Personen Privilegien ertheilet, sondern auch Sachen ihrer Unterthanen von der Vorschrift der Gesetze befreyet. Schon Ulpian [21]) gedenkt daher des Unterschieds zwischen Real- und persönlichen Immunitäten. Ja es wurde der Begriff vom Privilegium so ausgedehnt, daß sowohl in den Gesetzen der Pandecten als des Codex auch die *iura singularia* unterweilen, so wie noch heutiges Tages, Privilegien genennt werden [22]). Jedoch werden Dispensationen davon unterschieden, welche unsere Gesetze *constitutiones personales* [23]) nennen. Der Unterschied zwischen Privilegien im eigentlichen Verstande, Dispensationen, und *iura singularia* bestehet nun darin.

Ein Privilegium im eigentlichen Verstande, ist eine besondere Verfügung des Regenten, wodurch in Ansehung eines gewissen Individuums eine Ausnahme vom gemeinen Rechte dergestallt gemacht wird, daß solche

sern Grunde für Fragmente des Valerischen Gesetzes *de provocatione.* S. auch PLATTNER de legibus sacratis Romanor. cap. V.

21) *L.* 3. *§.* 1. *D. de Censibus.* Eben dieser Ulpian unterscheidet auch an einem andern Ort sehr deutlich privilegia realia und personalia. — *L.* 1. §. 41—44. *D. de aqua quotid. et aestiva.*

22) Z. B. *privilegium dotis* L. 74. D. de iure dot. *privilegium militare testandi* L. 7. C. de testam. milit. L. 24. D. eod. Auch im gemeinen Sprachgebrauche ist nichts gewöhnlicher, als die besondern Rechte der Soldaten, Pupillen, Studenten, Geistlichen, der Gläubiger u. s. w. PRIVILEGIA zu nennen.

23) §. 6. I. de I. N. G. et C. L. 1. §. 2. D. h. t.

nicht blos auf einen einzelnen Fall, sondern auf alle oder mehrere zukünftige Fälle von gleicher Art sich erstrecken. Ein solches Privilegium kann nun entweder ein günstiges, (*privilegium favorabile*) oder ein verhaßtes, (*odiosum*) seyn, je nachdem es dem Privilegirten entweder zum Vortheil oder zur wohlverdienten Strafe gereicht. Die günstigen Privilegien lassen sich auf drey Classen reduciren. Sie sind 1) solche, wodurch der Privilegirte einer sonst allgemeinen Erlaubniß allein zu geniessen berechtiget wird, alle andere aber von dem Gebrauche eines sonst gemeinen Rechts ausgeschlossen werden; dergleichen man Monopolien nennt; 2) solche, wodurch der Privilegirte ein Vorrecht erwirbt, daß nach dem gemeinen Rechte keinem Unterthan, sondern nur dem Landesherrn zusteht; und 3) solche, wodurch der Privilegirte von der sonst allgemeinen Verbindlichkeit eines Gesetzes für das künftige befreyet wird. Ungünstige oder verhaßte Privilegien, (privilegia odiosa) gereichen nun hingegen dem Privilegirten zum Nachtheil, und enthalten eine Strafe für denselben, welche in mehrern zukünftigen Fällen ihre verhaßte Wirkung äussert[24]). Dahin gehört z. B. wenn der Landesherr die erb- und eigenen Güter eines Unterthans wegen eines von demselben began-

24) *Carl Guil. Maurit. de* BODEN in der unter dem Vorsitz des sel. Hrn. Prof. *Gustav. Bernh.* BECMANN gehaltenen Diss. de aequitate privilegii odiosi, et potestate imperantis circa illud, Göttingen 1750. sagt §. 2. PRIVILEGIUM ODIOSUM *in genere dicimus exceptionem a lege generaliori in odium personae singularis factam.* In specie *vero (§. 4.) dicitur exceptio a lege generali facta, vi cuius alicui poena in nulla lege antea determinata in odium ipsius actu irrogatur.*

gangenen Verbrechens zur Strafe in Lehn verwandelt, welches man ein Straf-Lehn (feudum poenae) zu nennen pflegt [25]); oder wenn er einen Zolldefraudanten damit straft, daß er ins künftige von jeder zu verzollenden Waare den doppelten Zoll geben solle [26]). Nach dem heutigen Sprachgebrauch pflegt man jedoch nur vornehmlich die favorablen Privilegien unter dem eigentlichen Namen der Privilegien zu verstehen, welche auch Freyheiten, Gnadenbriefe, Handfesten, genennt zu werden pflegen.

Von diesen Privilegien im eigentlichen Verstande, sind nun Dispensationen darin unterschieden, daß solche nur personelle Verordnungen sind, dadurch blos in Ansehung einer gewissen Person in einem einzelnen Falle eine Ausnahme von der Regel des gemeinen Rechts gemacht wird. Auch diese können von zweyerley Art, entweder günstige oder verhaßte, seyn, je nachdem sie der Person, welche sie betreffen, entweder zum Vortheil oder

25) S. *Ern. Martin.* CHLADENII Diss. de feudis poenae, von Straflehnen. Vitemb. 1754. in welcher §. V. merkwürdige Beyspiele angeführt werden. Man sehe auch WOELCKER Diss. de privilegiis odiosis et poenalibus. *Altdorf* 1718.

26) Ob sich aber auch dergleichen privilegia odiosa gegen den Vorwurf der Ungerechtigkeit vertheidigen lassen, ist eine andere Frage, die wohl eher zu verneinen seyn möchte, weil kein Privilegium ein ius quaesitum der Unterthanen verletzen darf. Nun aber hat jeder Verbrecher ein vollkommenes Recht zu fordern, daß er nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werde, welche er überschritten hat. S. Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 112. und 113.

oder zum Nachtheil gereichen[27]). Zur letzten Gattung gehört, wenn der Landesherr einem gewissen Delinquenten, um ein Exempel zu statuiren, eine härtere Strafe dictirt, als die in den Gesetzen bestimmte ist, wie z. B. Kaiser Hadrian der Umbricia, welcher er wegen der an ihren Mägden verübten Grausamkeit fünfjährige Landesverweisung zuerkannte[28]). Hier ist jedoch die Strafe nur auf einen Fall eingeschränkt, und hat ein Ende, wenn sie einmal vollstreckt ist; allein bey verhaßten Privilegien äussert sich die Wirkung der Strafe in mehreren zukünftigen Fällen, so oft nämlich andere Unterthanen nach dem gemeinen Rechte behandelt werden, und die Vortheile desselben geniessen, wie die oben angeführten Beyspiele zu erkennen geben.

Die günstigen Dispensationen können wieder von mancherley Art seyn. Sie gehen entweder auf eine noch zukünftige Handlung, oder auf eine schon geschehene Handlung. Im erstern Falle heißt eine solche Verordnung, wodurch ein Unterthan die Erlaubniß erhält, eine in den Gesetzen sonst vorgeschriebene und befohlne Handlung unterlassen, oder eine sonst verbotene Handlung unternehmen zu dürfen, eine Dispensation im eigentlichen Verstande. Z. B. die Erlaubniß, daß Einer sich trauen lassen darf ohne vorhergehendes Aufgebot, oder in der sogenannten geschlossenen Zeit, z. B. währender Adventszeit; oder daß Jemand eine sonst in den Gesetzen ver-

27) §. 6. *I. de I. N. G. et C. L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

28) *L.* 2. *D. de his, qui sunt sui vel alieni iuris.* Ein anders Beyspiel vom K. CLAUDIUS erzählt SUETONIUS in eius vita cap. 14.

verbotene Ehe mit einer Person eingehen darf [29]). Hier folgt die Handlung erst auf die geschehene Ausnahme. Allein es kann zuweilen das Factum vor der Ausnahme vorausgehen, und letztere nur dazu dienen sollen, nachtheilige Wirkungen desselben abzuwenden. Diese bekommen ihre besondere Benennung — Abolition und Aggratiation (restitutio gratiae). Jene geschiehet noch vor dem Endurtheil, und bestehet darin, wenn der wider eine Person angestellte peinliche Proceß nicht bis zum Endurtheil fortgesetzt, sondern die Untersuchung aus landesherrlicher Gnade aufgehoben, und das Andenken des Verbrechens in Ansehung der peinlichen Wirkungen gänzlich ausgetilgt wird [30]). Letztere erfolgt erst nach dem Endurtheil, und besteht in einer aus landesherrlicher Gnade geschehenen Erlassung der zuerkannten Strafe [31]).

Von

29) S. *I. H.* BOEHMER Exercit. acad. de sublimi Principum ac statuum evangelicorum dispensandi iure in caussis et negotiis tam sacris quam profanis. Halae 1722. Auch verdient noch eine andere Schrift bemerkt zu werden: Wem steht in der katholischen Kirche das Recht zu, in geistlichen Sachen zu dispensiren. Ein Versuch von einem Deutschen. 1787. 8.

30) Ich rede hier von der Abolition im Sinne des heutigen peinlichen Rechts. Denn mit der Abolition im Sinne des römischen Criminalrechts hatte es eine ganz andere Beschaffenheit. S. Quistorp in den Grundsätzen des teutschen peinl. Rechts. 2. Th. 12. Abschn. 2. Kap. §. 850. u. 851. und *Ioh. Theoph.* SEGER in Diss. de abolitione veteri et hodierna. *Lipsiae* 1778.

31) Daß die Abolition und Aggratiation als Gattungen der Dispensation, in allgemeiner Bedeutung genommen, anzusehen sind, behauptet auch BECMANN oder vielmehr *de* BODE in der oben angeführten Diss. §. 3. in Nota. pag. 10.

Von den Privilegien im eigentlichen Verstande sind endlich auch die besondern Rechte, oder *iura singularia* zu unterscheiden. Man versteht darunter diejenigen Verordnungen des gemeinen Rechts, welche entweder für ein gewisses Alter, Geschlecht, Stand, oder Klasse von Personen, oder für eine gewisse Gattung von Sachen, oder für alle und jede Unterthanen, in sofern sie sich in einem gewissen Falle befinden, eine Ausnahme von der Regel des ältern und strengen Rechts enthalten [32]). Sie unterscheiden sich also von Privilegien darin: 1) daß sie in gemeinem Rechte gegründet sind, und man also nicht erst darum nachzusu-chen

32) Paulus dehnt den Begriff des *iuris singularis* noch weiter aus, wenn er in *L.* 16. *D. de Legib.* sagt: IUS SINGULARE est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium, introductum est. Er verstehet also unter IUS SINGULARE ein solches Recht, welches aus irgend einem Grunde des gemeinen Bestens, der Nothwendigkeit, oder Billigkeit, gegen die Regel des gemeinen und strengen Rechts, es sey, auf welche Art es wolle, durch die Auctorität der römischen Gesetzgeber, ist eingeführet worden. Der Fälle eines solchen besondern Rechts sind im römischen Recht unzählig, wie selbst Julian *L.* 51. §. *fin. D. ad Leg. Aquil.* gestehet. Hierher gehört z. B. der Quasi ususfructus fungibler Sachen, d. i. solcher, die durch den Gebrauch an ihrem Werth verlieren, oder gar aufhören zu seyn. (Lib. VII. Digest. Tit. 5.) Paulus führt noch andere Beyspiele zur Erläuterung seines obigen Begriffs an. Man sehe *L.* 63. *D. de usufructu* und *L.* 54. *D. soluto matrimonio*, welche beyde, wie die oben angeführte *L.* 16. *D. de LL.* aus eben des IULII PAULI *libro singulari de iure singulari* genommen sind, wie die Ueberschrift beweiset. S. *Franc. Car.* CONRADI Diss. ad *Iulii Pauli* ex libro singulari *de iure singulari* reliqua. *Lipsiae* 1728.

chen nöthig hat; dahingegen Privilegien bey dem Landesherrn besonders erlangt werden müssen. 2) Daß sie nicht einer einzelnen Person oder Sache, sondern einer ganzen Classe von Personen oder Sachen, oder allen Unterthanen zukommen, insofern sie sich in einem gewissen Falle befinden, z. E. wenn sie Bürgschaft geleistet haben, oder in Verfall ihres Vermögens gerathen sind (beneficium competentiae) oder eine Erbschaft antreten (beneficium inventarii). Man theilt daher die iura singularia ein in *generalia* und *specialia*. Zu der erstern Gattung gehören die besondern Rechte der Erben, der Bürgen, der Abwesenden, der Schuldner; zu der letztern Gattung hingegen die besondern Rechte der Minderjährigen, der Frauenspersonen, der Soldaten, der Geistlichen, ferner die besondern Rechte der Alimente, der Heyrathsgüter u. d. Diese iura singularia sind nun zwar meist vortheilhafte Rechte, daher sie auch gewöhnlich *Beneficia legis*, oder Rechtswohlthaten genennt werden. Allein es läßt sich deswegen doch auch ein ius singulare *odiosum* gedenken. Ein Beyspiel giebt uns die bekannte Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius, vermöge welcher auch die Söhne des Hochverräthers die Schuld ihres Vaters mit büßen sollen [33]. Dieses ist gegen die Regel des gemeinen Rechts, nach welcher der Sohn nicht tragen soll die Missethat des Vaters [34]; von welcher aber die gedachten Kaiser eine Aus-

33) *L. 5. C. ad L. Iul. Maiestat.* worüber die neueste und beste Schrift ist *Henr. van* ADRICHEM Diss. de poena perduellionis, veroque sensu Legis *Quisquis* 5. Cod. ad L. Iul. Maiestat. *Lugduni Batavor.* 1784.

34) *L. 26. D. de poenis. L. 22. C. eodem.*

Ausnahme zu machen, darum für nöthig haben finden wollen, *quia in filiis paterni h. e. hereditarii criminis exempla metuuntur* [35]).

§. 99.

Einige allgemeine Sätze von Privilegien; insonderheit von deren Auslegung.

Alle Privilegien, man nehme nun das Wort in eigentlicher oder uneigentlicher Bedeutung, kommen darin mit einander überein:

1) daß sie nicht ad exemplum gezogen werden dürfen, sondern nur in denjenigen Fällen ihre Wirkung äussern, in welchen der Gesetzgeber eine Ausnahme vom Gesetz gemacht hat, nicht in andern ähnlichen Fällen, wenn gleich eben derselbe Grund vorhanden seyn sollte [36]). Es kann daher nicht von einer Sache auf die andere, nicht von einem Orte auf den andern, noch von einer Person auf die andere geschlossen werden, wenn auch gleich eine andere Person mit dem Privilegirten sich in ganz gleichen Umständen befinden sollte. Hat also z. B. der Landesherr den Cajus in einem gewissen Ehefalle dispensirt, oder ihm sonst ein Privilegium ertheilet, so kann ich mich nicht darauf berufen, wenn ich mich auch in gleichem Falle mit jenem befände [37]).

2) Pri-

35) Mit mir stimmt überein GEBAUER de privilegiis. §. XV.

36) *§. 6. I. de I. N. G. et C. L. 14. D. de LL. L. 141. pr. D. de Reg. iur. Cap. 28. de Reg. iur. in 6to.*

37) THEOPHILUS Paraphr. Instit. graeca ad §. 6. cit. *cap. 9. X. de privilegiis.*

2) Privilegien lassen daher in der Regel keine ausdehnende Erklärung zu, sondern sie sind stricte und auf eine solche Art zu erklären, wie sie am wenigsten zum Nachtheil des Dritten gereichen, und mit den Vorschriften des gemeinen Rechts am nächsten übereinstimmen [38]). Doch aber muß die Auslegung immer so geschehen, daß die wohlthätige Absicht des Ertheilers dabey nicht verfehlt oder vereitelt werde; sondern der Privilegirte der ihm verliehenen Gnade so vollkommen, als möglich, geniesse, soweit es salvo iure tertii quaesito geschehen kann [39]). Man pflegt zwar insgemein bey der Erklärung der Privilegien einen Unterschied zu machen, ob das Privilegium blos dem Landesherrn zum Nachtheil gereicht, und in seine Rechte allein einschlägt, oder ob es die Freyheit anderer Personen einschränkt, und meint, daß es nur in dem letztern Falle einschränkend zu interpretiren sey, in dem erstern Falle hingegen, und also gegen den Landesherrn selbst, immer ausdehnend erklärt werden müsse [40]). Z. B. wenn das Privile-

38) *L. 7. C. de precib. imperat. offerend. L. 35. pr. Cod. de inoff. testam.* Allgemeines Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. Einleitung §. 58. et 61.

39) ENENCKEL de privilegiis Lib. II. cap. 5. n. 10. BOEHMER T. II. P. I. Resp. 190. n. 5. 6. et Resp. 428. n. 9. MEVIUS P. IV. Decis. 321. n. 4. BOEHMER Diss. de finibus privilegiorum regundis. Cap. II. §. IX. Pütters auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Th. Resp. XXXV. n. 21. 22.

40) *de* COCCEJI Iur. Controv. Lib. I. Tit IV. Qu. 6. *Io.* VOET ad Pandect. T. I. lib. I. Tit. 10. §. 16. STRYCK Dissertat. de privilegiorum interpretatione. cap. IV. LEYSER Spec. X. med. 3. Unter den ältern Rechtsgelehrten haben diese Meinung besonders *Pet.* AERODIUS in Pandectis rer. iudicatar. Lib. II. Tit. 2. cap. I.

vilegium eine Befreyung von Steuern, oder die Ertheilung der Jagdgerechtigkeit, oder der Gerichtsbarkeit u. d. betrift. Denn hier komme es blos auf die Gnade und Freygebigkeit des Regenten an, welche keine bestimmte Grenzen habe. Man beruft sich deshalb auf den bekannten Ausspruch Javolens [41]), welcher sagt: *beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.* Allein, wenn gleich unser Verfasser selbst dieser Meinung seinen Beyfall giebt, so ist sie doch in dem wahren Sinne der Gesetze nicht gegründet. Denn 1) hat auch der Regent, so wie jeder andere, die Vermuthung für sich, daß er von seinen Rechten so wenig, als möglich, habe vergeben wollen [42]). Sodann aber will auch 2) der angeführte Ausspruch Javolens gar nicht dasjenige sagen, was man damit beweisen will; indem der wahre Sinn desselben nur dahin gehet, daß ein Privilegium so erklärt werden müsse, daß die Gnade, die der Regent dadurch hat erzeigen wollen, nicht vereitelt werde, sondern diejenige vollkommene Wirkung habe, welche der Ertheiler dadurch intendirt hat [43]). Es ist daher die Meinung

cap. I. und *Thom.* PAPILLONIUS in Comment. ad L. 3. D. h. t. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 627.) zu vertheidigen gesucht.

41) *L. 3. D. h. t.*

42) Man vergleiche hier H. Hofr. Schnauberts Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts. Lib. I. Sect. I. Cap. III. §. 65. S. 110. u. folgg. und H. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 6. Not. n. pag. 72.

43) So erklären die Stelle Javolens auch *I. H.* BOEHMER in Diss. de finib. privilegior. reg. Cap. II. §. 9. und *Fratres* BECMANNI in Consil. et Decis. P. I. Resp. I. pag. 23. u. a. m.

nung derjenigen Rechtsgelehrten [44]) den Gesetzen [45]) allerdings gemäßer, welche behaupten, daß ein Privilegium, auch selbst wenn es blos die Rechte des Regenten angehet, und nur ihm allein zum Präjudiz gereicht, dennoch nicht immer deshalb extensive erkläret werden dürfe, sondern der Sinn desselben theils aus der Qualität der Person, welcher solches ertheilet worden, theils aus der Beschaffenheit des Objects, theils aus dem bisherigen Gebrauch und Herkommen [46]), theils aber auch hauptsächlich aus dem Zweck und der Absicht des Regenten, der das Privilegium ertheilet hat, zu bestimmen sey. So z. B. kann die einem Unterthan ertheilte Steuerfreyheit im Zweifel nur von den gewöhnlichen Lasten verstanden, auf ausserordentliche nicht vorher gesehene Fälle aber, woran der Landesherr zur Zeit des ertheilten Privilegiums nicht gedacht hat, z. B. wenn in Kriegszeiten, oder auf andere Art eine allgemeine dringende Landesnoth entsteht, keinesweges gezogen werden [47]). Wenn ferner die Gerichtsbarkeit Jemandem innerhalb eines gewissen Districts schlechtweg verliehen worden ist, und Zweifel entsteht, ob nur die niedere, oder ob auch zugleich die obere verliehen worden sey? so ist bey einem landsäßigen Unterthan eine solche unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit

Nn 2

44) *Christ.* THOMASIUS in Diss. de interpretatione beneficiorum principis. Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 6. §. 2. S. 15. Hr. G. J. R. Walch Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 7. HARTLEBEN Meditat. ad Pand. Spec. XIV. med. 2. D. WASMUTH in Diss. de privilegiorum natura Cap. I. §. 14. und MÜLLER ad *Leyserum* Tom. I. Obs. 42.

45) *L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publico.*

46) Es läßt sich allerdings auch von den Privilegien behaupten: *optima privilegiorum interpres est consuetudo*, was CALLISTRATUS L. 37. D. de LL. von den Gesetzen überhaupt sagt. S. MEVIUS P. V. Decis. 182. n. 7. Pütters Rechtsfälle a. a. O. n. 24. 25.

47) Hr. Geh. JustizR. Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes 3ter Theil. Decis. LXXIII. n. 3. 4 u. folgg. II. Bandes 4ter Theil. Resp. CCXXXIX. n. 40. 41. u. folgg. III. Bandes 3ter Theil. Resp. CCLXXI. n. 70. *de* LUDEWIG Consilia Halensia T. II. Lib. II. Resp. 90. n. 60.

barkeit nur von der niedern zu erklären; denn das Recht über Leben und Tod der Unterthanen ist ein viel zu wichtiges Hoheitsrecht des Landesherrn, als daß man ohne genugsamen Grund vermuthen dürfte, daß er solches seinen Unterthanen werde mitgetheilt haben. Dahingegen, wenn einem Reichsstande die Gerichtsbarkeit binnen einem gewissen District vom Kaiser unbestimmt ertheilet worden, im Zweifel zu vermuthen, daß auch die Blutgerichte mit darunter verstanden seyn [48]). Es ist indessen keinesweges zu behaupten, als ob alle extensive Auslegung bey den Privilegien schlechterdings wegfalle. Denn da doch Privilegien auch Gesetze sind, so darf die Regel, welche bey der Erklärung der Gesetze überhaupt gilt, nämlich daß auf den Zweck und die Absicht des Gesetzgebers gesehen werden müsse, hier nicht ganz ausser Augen gesetzt werden [49]). Es hat daher keinen Zweifel, daß wenn der Grund und Zweck des Privilegiums in einem gewissen, wenn gleich nicht ausdrücklich bestimmten Falle, in seiner ganzen Stärke eintritt, sodann die Anwendung des Privilegiums nicht versagt werden dürfe [50]).

Daß übrigens der Regent die Wohlthat, die er einem durch das Privilegium hat ertheilen wollen, weiter erstrecken könne, als es die Natur desselben mit sich bringt, ist ausser Zweifel [51]). Sonst aber steht dem Landesherrn die authentische Interpretation bey den Privilegien nur alsdann zu, wenn eine solche Dunkelheit oder ein solcher Zweifel vorhanden ist, welcher durch die Regeln der Auslegungskunst schlech-

48) von Buri Erläuterung des Lehnrechts 3. Fortsetz. S. 665. Hr. G. L. Böhmer Princip. iur. feudalis §. 67.

49) S. Eichmanns Erklärung des bürgerlichen Rechts 2. Th. §. 99. S. 81. folg.

50) Man findet selbst in den röm. Gesetzen genug Beyspiele, wo von besondern Rechtswohlthaten ein analogischer Gebrauch gemacht und verstattet worden ist. S. *L. 1. §. ult. D. de Usur. L. 74. D. de iure dot. L. 4. D. de fundo dot. L. 14. D. ad SCtum Macedon. L. 20. D. de re iudicat.* u. a. m. Man vergleiche vorzüglich *Ge. Ios.* STEIN Diss. de privilegiorum extensione. *Erfordiae* 1725.

51) *L. 191. D. de Reg. Iur.*

schlechterdings nicht gehoben werden kann, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt habe. (S 217.)[52]).

3) Da Privilegien eine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen, so können sie im Zweifel nicht vermuthet werden, sondern demjenigen liegt jederzeit der Beweis ob, der sich auf ein Privilegium beruft. Denn in der Regel pflegen Privilegien nicht ordentlich bekannt gemacht zu werden. Die in unsern Korpus Juris enthaltene besondere Rechte bedürfen jedoch keines Beweises. Endlich

4) kann auch niemand in der Regel genöthiget werden, sich seines Privilegiums oder der ihm zum besten ertheilten Rechtswohlthat wider seinen Willen zu bedienen; denn Wohlthaten werden Keinem aufgedrungen. Ein jeder Privilegirte muß also die Freyheit haben, sich seines Vortheils auch begeben zu können; es wäre denn daß der Gebrauch des Privilegiums oder des besondern Rechts mit den erworbenen Gerechtsamen eines Dritten in einer so genauen Verbindung stünde, daß solchem durch die Begebung der Rechtswohlthat offenbar zu nahe geschehen würde. So z. B. darf kein academischer Gerichtsunterthan sich mit Begebung seines befreyten Gerichtsstandes der Jurisdiction der bürgerlichen Stadtobrigkeit unterwerfen [53]). Es findet daher die Verzichtleistung in Ansehung eines Privilegiums nur in sofern statt, als der Gebrauch desselben von dem freyen Willen des Entsagenden lediglich abhängt [54]).

 §. 100.

52) Verschiedene Rechtsgelehrten haben behaupten wollen, als ob das Recht, Privilegien auszulegen, nur allein dem Regenten zustehe. Sie berufen sich deshalb auf *L. 43 pr. D. de vulg. et pupillar. substitut.* wo es heißt: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Allein wer sieht nicht, daß die Worte des Rechtsgelehrten blos enunciativ sind, und keinesweges eine Verordnung enthalten, daß Richter und Rechtsgelehrte sich der Auslegung in Ansehung zweifelhafter Privilegien enthalten sollen? S. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. in Prolegom. Cap II. §. 9. WASMUTH in der angef. Diss. Cap. I. §. XII. und besonders Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. Sect. IV. §. 28.

53) *Auth.* habita *Cod. ne filius pro patre.*

54) Hr. G. JustizR. Böhmer in Princip. iuris canon. §. 222. n. 1.

§. 100.

Eintheilung der Privilegien in Real- und Personal-Privilegien.

Privilegien können nun von mancherley Art seyn. Sieht man nämlich auf das Subject, welchem sie zustehen, so sind sie entweder persönliche, oder dingliche; je nachdem sie entweder einer Person, sie sey eine individuelle oder moralische, verliehen sind; oder aber einer Sache ankleben. Beyde sind in Ansehung der Dauer und Wirkung sehr verschieden. Denn Personalprivilegien, die einer moralischen Person z. B. einer Stadt, Academie, Zunft, u. s. w. verliehen sind [55]), dauern fort, und gehen auf alle Nachkommen über, die zu dieser privilegirten Universität gehören, und als Mitglieder anzusehen sind [56]). Solche Privilegien gehören unstreitig ad res universitatis, und das durch selbige erworbene Recht ist der Substanz nach ein Eigenthum der moralischen Person. Diese aber läßt nun ihr Recht entweder durch gewisse dazu bestellte Mitglieder selbst ausüben, z. B. die ihr verliehene Gerichtsbarkeit; oder es darf ein jedes Mitglied der Universitas das Privilegium gebrauchen, z. B. es ist derselben eine Immunität von gewissen öffentlichen Lasten, oder das Beholzigungsrecht in einem herrschaftlichen Walde, oder das Privilegium Jahrmarkt zu halten, ertheilet worden. In Ansehung des Gebrauchs kommt es also auf die Beschaffenheit des durch das Privilegium ertheilten Rechts an [57]).

Sind aber Privilegien physischen Personen ertheilet, so können diese von zweyerley Art seyn; entweder solche, die bey dem Privilegirten eine gewisse persönliche Eigenschaft voraussetzen, oder sie sind der Person selbst, ohne Rücksicht einer solchen Eigenschaft, ertheilet worden. Beyde

55) Beyspiele von solchen Privilegien enthalten die **L. 17. D.** *de excusat. tutor.* **L. 37. D.** *de reb. auct. iud. possid.* **L. 1. §. 2. D.** *ad Municipal.* **L. 4. §. 3. D.** *de Censib.*

56) *Cit.* **L. 4. §. 3. D.** *de Censib.*

57) *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. XV. pag. 376.

Beyde kommen jedoch darinn überein, daß selbige der Regel nach auf die privilegirte Person eingeschränkt sind, und sich, ausser derselben, auf andere nicht erstrecken, auch nicht auf die Erben übergehen, sondern gleichsam mit der Person absterben [58]) Jedoch hat diese Regel ihre Ausnahmen [59]). Es giebt Privilegien, die schon ihrer Natur nach auf die Nachkommen fortgehen, wenn deren auch keine besondere Erwähnung geschehen ist. Ein Beyspiel davon giebt uns der sogenannte Brief-Adel, welcher bekanntermassen von dem geadelten Vater auf alle nach der geschehenen Nobilitirung desselben von ihm ehelich erzeugte Kinder und Nachkommen fortgepflanzet wird [60]).

Zuweilen erstrecken auch die Gesetze selbst aus besondern Ursachen persönliche Privilegien, oder derselben Wirkung Folgeweise auf andere, die mit dem Privilegirten in Verbindung stehen [61]). So z. B. nimmt die Ehefrau bekanntermassen an den persönlichen Privilegien ihres Ehemanns Antheil, und hat solche in der Regel auch noch als Wittwe zu geniessen [62]). Eben so kommt das privilegium aetatis auch den Erben des Minderjährigen zu statten [63]), und den privilegirten Vorzug der Hypothek, welche eine Ehefrau ihres Heyrathsgutes wegen auf dem sämmtlichen Vermögen des Mannes hat, geben die Gesetze auch ihren

 Kin-

58) *L.* 1. §. 43. *D. de aqua quotid. et aestiv.* *L.* 68. *D. de R. I.* *L.* 196. *D. eod.*

59) Von diesen Ausnahmen handelt sehr vollständig *Io. Nic.* HERT in Diss. de transitione privilegii personalis ad alios. (in EIUS *Commentationib. atque Opuscul.* Vol. I. T. 3. Diss. 2. pag. 24 — 40.)

60) S. Hrn. Hofr. Klübers Dissert. de nobilitate codicillari. Erlang. 1788. §. IV. Riccius vom landsässigen Adel in Teutschland. II. Th. Cap. II. §. 4.

61) *Ge. Ios.* STEIN Diss. de privilegiorum extensione. *Erford.* 1725. §. XXVIII — XXXVII.

62) *L.* 13. *Cod. de Dignitat.* *L.* 10. *Cod. de nuptiis.* *L.* 6. §. *ult.* *C. de Profess. et Medic.* *L. fin. C. de incol.*

63) *L.* 18. §. *fin.* *L.* 19. *D. de minorib.* *L. un. Cod. si adversus dotem.*

Kindern [64]). Endlich kann auch ein Privilegium ausdrücklich auf eine solche Art verliehen worden seyn, daß es sich auf die Erben des Privilegirten mit erstrecken soll. Ist nun in einem solchen Falle genau bestimmt worden, was für Erben verstanden werden sollen, so ist die Sache keinem Zweifel unterworfen. Ist dieses aber nicht deutlich bestimmt worden, so können, da die Natur der Privilegien im Zweifel keine ausdehnende Erklärung erlaubt, unter den **Erben** oder **Nachkommen** der Regel nach nur die Verwandten in absteigender Linie verstanden werden, welche den Erwerber des Privilegiums zunächst beerben [65]); es wäre denn, daß der Privilegirte keine Descendenz hätte, auch dergleichen nicht mehr hoffen dürfte, und solches dem Ertheiler des Privilegiums wohl bekannt gewesen; in welchem Falle sodann, da nicht anzunehmen ist, daß der Ertheiler Worte ohne Bedeutung habe brauchen wollen, unter den **Erben** die nächsten Intestat-Erben des Privilegirten verstanden werden müssen [66]). Aus demselben Grunde aber ist auch zu behaupten, daß, wenn das Privilegium einem zugleich für seine **Erben** und **Nachkommen** ist ertheilet worden, dasselbe nach der Absicht des Ertheilers nicht blos den Verwandten in dem ersten Grade der absteigenden Linie, sondern auch denen im entferntern Grade zu statten kommen müsse [67]). Auf alle **Nachfolger** kann jedoch das Privilegium nicht erstreckt werden, denn diese Ausdehnung würde einmal wider den Sprach-

64) *L. ult.* §. 1. *Cod. qui potior. in pignore. Nov. XCI. pr. et* §. 1. S. **Westphals** Pfandrecht §. 82.

65) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 1. und HARTLEBEN Spec. XIII. med. 1. Anderer Meinung sind zwar *a* WERNHER in Obſervat. forenſ. T. II. P. VIII. Obſ. 424. und *de* PUFFENDORF in Obſervat. iur. univ. T. IV. Obſ. 25. Allein man sehe MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſerum* T. I. Obſ. 51.

66) Man vergleiche hierbey, was Hr. Reg. R. **Eichmann** in seinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. S. 91. u. ff. umständlicher hierüber gesagt hat.

67) Arg. *L.* 13. *D. de munerib. et bonor.*

Sprachgebrauch, welcher zwischen Nachkommen und Nachfolgern einen Unterschied macht, und zweytens auch wider die Natur der Privilegien streiten, welche eine einschränkende Auslegung verlangt. Ich muß hierbey noch einige Bemerkungen hinzufügen; Erstens: wenn das Privilegium dem Privilegirten auch für seine Kinder verliehen worden, so muß das Wort Kinder[68]) nach der Natur der Privilegien in seiner eigentlichen Bedeutung genommen, und kann daher nur von Descendenten des erstern Grades, nicht von Kindeskindern, verstanden werden[69]), so lange nicht die Umstände einen andern Willen des Ertheilers zu erkennen geben. Zweytens: ist das Privilegium dem Privilegirten sowohl für seine Person, als für seine Kinder und Nachkommen ertheilet worden, so ist im Zweifel nie zu vermuthen, daß solches nur auf diejenigen Nachkommen gehen solle, welche von männlicher Linie herstammen, wenn nicht entweder die Gesetze dieses ausdrücklich verordnen[70]), oder solches durch die in dem Privilegium gebrauchten Ausdrücke: Nachkommen vom Stamm und Namen des Erwerbers, oder Nachkommen in der Familie, zu erkennen gegeben worden ist. In solchen Fällen können freylich dergleichen Privilegien auf die Töchter des

68) Der lateinische Ausdruck *liberi* hat freylich einen weitläuftigern Sinn; denn unter diesem Worte werden alle Descendenten ohne Unterschied des Grades verstanden. *L.* 220. *pr. D. de V. S.* §. *ult. Inst. qui testam. tutores dari poss.* Allein dieser Sprachgebrauch kann bey Erklärung eines in der teutschen Mundart abgefaßten Privilegiums nicht untergelegt werden.

69) REINHARTH select. Observat. ad Christinaei Decisiones Vol. III. Obs. 31. pag. 45. seqq. und Vol IV. Obs. 26. pag 26. *Christ. Ulr* GRUPEN Discept. Forens. pag. 458. u. 489 seqq. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Th. Resp. LIII. n. 44. S. 500.

70) Ein Beyspiel enthalten die *L.* 13. *D. de muner. et honorib.* und *L.* 1. *D. de iure immunitat.* vermöge welchen die Einem für seine Person, Kinder und Nachkommen ertheilte Befreyung von gemeinen Beschwerden blos auf diejenigen Descendenten sich erstrecken soll, welche von Mannspersonen abstammen.

des Erwerbers, welche durch Verheyrathung aus der Familie desselben herausgegangen sind, und deren Descendenz, da diese den Namen des Erwerbers nicht führt, keinesweges erstrecket werden. Ich komme nun auf die Realprivilegien, deren Wesen darin bestehet, daß sie einer gewissen Sache verliehen sind, und allen Besitzern derselben zustehen [71]). Solche Realprivilegien sind von dreyerley Art; entweder sie sind einem gewissen Grundstücke ertheilet, z. B. Steuerfreyheit, Jagdgerechtigkeit, u. dergl. oder sie sind mit dem Besitz eines gewissen Amts oder Würde verknüpft; man denke z. B. an den mit der erzbischöflichen Würde verknüpften honor pallii; oder die Gesetze haben eine gewisse Klage dergestalt privilegirt, daß jeder, der diese Klage erhebt, das damit verknüpfte Privilegium zu geniessen haben soll. **Modestin** nennt ein Realprivilegium der letztern Art *privilegium causae* [72]), und **Paulus** [73]) giebt uns davon folgende Beschreibung: in omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: *ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.* Es ist diese letztere Stelle aus PAULI *libro sing. de dotis repetitione* genommen, und es wären daher eigentlich aus dieser Doctrin die Beyspiele zur Erläuterung dieser Regel anzuführen; wie auch Jacob **Gothofredus** [74]) und mit ihm **Gebauer** [75]) gethan haben. Allein es wird uns erlaubt seyn, auch durch ein anders Beyspiel die Sache aufzuklären. Ein solches giebt uns die Forderung aufgewendeter Begräbnißkosten, welche ein besonderes Vorrecht vor andern Gläubigern beym Concurs haben [76]); und zwar ist dieses

71) *L. 1. §. 43. D. de aqua quotid. et aestiva. L. 3. §. 1. D. de Censib.*

72) L. 196. *D. de R. I.*

73) L. 68. *D. eodem.*

74) In Commentar. ad L. 68. cit.

75) In Diss. de privilegiis §. XVII. pag. 62.

76) L. 45. *D. de Religios. et sumtib. funer.*

dieses der Forderung selbst eigen, sie mag mit der actione funeraria oder einer andern eingeklagt werden [77]; der Kläger mag solche Kosten entweder auf das Begräbniß des Schuldners selbst, oder einer dritten Person verwendet haben, welche der Schuldner auf seine Kosten begraben zu lassen verbunden gewesen [78]. Auch dem Erben und Nachfolger des Gläubigers kommt dieses Vorzugsrecht zu statten [79].

Ausser diesen beyden Gattungen der Privilegien, den persönlichen und dinglichen, nehmen die Rechtslehrer insgemein noch eine dritte an, nämlich die gemischten, worunter man diejenigen verstehet, welche einer Person dergestalt ertheilet sind, daß sie zugleich auf die Erben gehen. Allein diese Theorie wird von den neuern Rechtsgelehrten mit Grunde verworfen [80].

Nun zum Beschluß noch einige Bemerkungen.

1) Entsteht Zweifel, ob ein Privilegium der Person oder Sache des Erwerbers ertheilt worden sey, so ist in einem solchen zweifelhaften Falle das Privilegium der Regel nach eher für ein persönliches, als dingliches, zu halten; weil die Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung zuläßt [81]. Doch kommt es auch zugleich auf die Natur und Beschaffenheit eines jeden einzelnen Privilegiums an, daraus muß beurtheilt werden, was die eigentliche Absicht des Ertheilers gewesen. Denn die Privilegien sind frey-

77) L. 17. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.*

78) *L.* 17. *cit.*

79) L. 31. §. 2. *D. de Religios.* Hierdurch erklären sich die Worte des Modestins in *L.* 196. *D. de R. I.* Privilegia ad heredes transmittuntur, quae CAUSAE sunt; quae PERSONAE, (z. B. *beneficium competentiae* L. 12. u. 13. *D. soluto matrim. dos quem. pet.*) ad heredem non transeunt.

80) Hr. Geh. R. NETTELBLADT Syst. elem. Iurispr. posit. Germ. commun. general. §. 387. Eichmann a. a. O. S. 89. Höpfner im Commentar §. 49.

81) Hr. GJR. WALCH Introd. in Controvers. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 8. und D. *Christ. Gottl.* EINERT Exerc. iurid. privilegium in dubio magis pro personali quam reali reputandum esse. Lipsiae 1778.

freylich von so verschiedener Art, daß einige schon ihrer Natur nach die Vermuthung, daß sie der Sache ankleben, ausschliessen, andere hingegen die entgegengesetzte Vermuthung nothwendig mit sich bringen [82]).

2) Ist ein Privilegium der Person ertheilt worden, und es entsteht Zweifel, ob es mit dem Tode derselben aufhöre, oder auf die Erben gehe; so behaupten zwar mehrere angesehene Rechtsgelehrten, daß, wenn das Privilegium durch einen Vertrag erworben worden, letzteres darum zu vermuthen sey, weil Verträge in der Regel auf die Erben gehen [83]); und dieß müsse alsdann um so mehr vermuthet werden, wenn das Privilegium sogar durch einen lästigen Vertrag erworben worden wäre [84]). Allein nach der richtigern Meinung anderer Rechtsgelehrten [85]) ist vielmehr das erstere zu vermuthen, welche Meinung nicht nur mit den Gesetzen [86]), sondern auch mit der Natur der Privilegien, welche einschränkend zu erklären sind, besser übereinstimmt.

82) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t Qu. IV. not. f. pag 69. und besonders der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 5. Band. Medit. 304.

83) S. COCCEJI in iure civ. controv. h. t Qu. IV. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. XIV. med. 5. u. a. m.

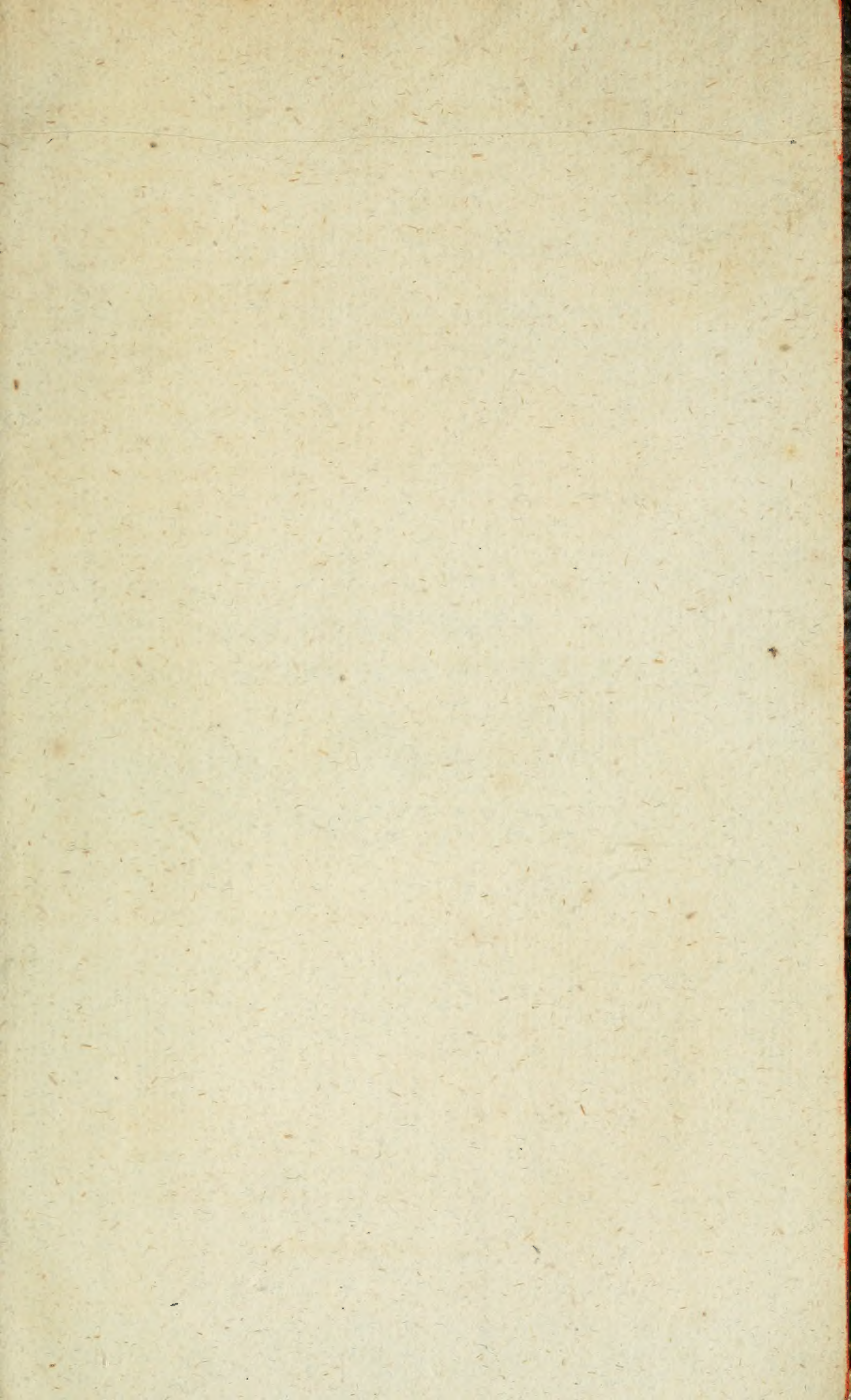
84) BERGER in Oecon. iur. Lib I. Tit. I. §. 25.

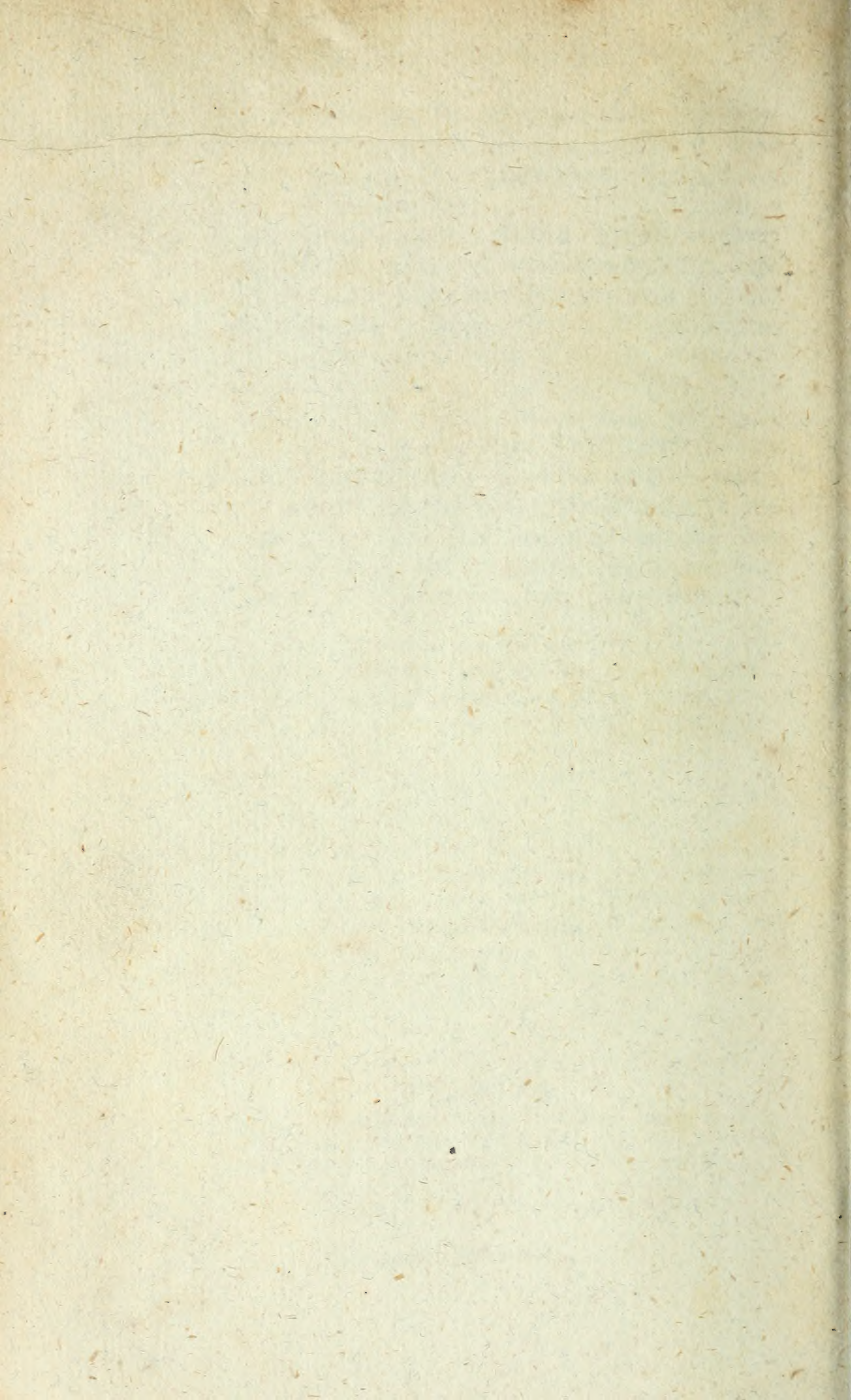
85) S. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 2 Th. S. 101. wo er sehr richtig bemerkt, daß wenn gleich Verträge der Regel nach auf die Erben gehen, dennoch auch sehr viele Verträge nur blos die Person der Paciscenten allein betreffen. Daher sagt Ulpian in der *L. 7. §. 8. D. de pact.* daß es auf die Absicht der Paciscenten vorzüglich ankomme, um richtig zu beurtheilen, ob das pactum in rem oder in personam sey. Man sehe auch EMMINGHAUS c. l. pag. 69. und vorzüglich GEBAUERI Diss. de privilegiis §. 17. 18. u 19.

86) *L. 196. D. de Reg. iur. Cap. 7. de Reg. I. in 6to.*

Druckfehler.

S. 32. Not. 62. Z. 2. muß statt welche, welcher gelesen werden. S. 135. Not. 55. Z. 2. muß statt den, dem heißen. S. 143. Z. 5. von unten ist nach den Worten gleich Anfangs das Wort unbedingt einzuschalten. S. 158. Z. 3. ist statt den vielmehr dem zu lesen. S. 266. Not. 4. Z. 12. muß a contrario statt a contractio gelesen werden.





K G5675A8 Th.1

Glück, Christian Friedrich von
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 06 03 10 009 3